

Een bepaald geslacht

**Een onderzoek naar regelgeving inzake beroepsactiviteiten
waarvoor het geslacht bepalend is**

Mies Monster
Eva Cremers
Tetty Havinga
Patricia van Meerwijk
Irene Asscher-Vonk

Katholieke Universiteit
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Nijmegen, mei 2002

EEN BEPAALD GESLACHT

Woord vooraf

Op grond van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v) en het Burgerlijk Wetboek is het verboden om onderscheid te maken naar geslacht bij de aanstelling of het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Voor sommige functies of beroepen bestaat echter de noodzaak dat deze door personen van een bepaald geslacht vervuld worden. In de WGB, het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, en het Besluit gelijke behandeling wordt bepaald in welke gevallen van het discriminatieverbod mag worden afgeweken. In dit onderzoek worden deze uitzonderingsbepalingen aan een systematische analyse onderworpen. De opdrachtgever wil hiermee tevens voldoen aan de onderzoeksverplichting die op grond van artikel 9 lid 2 van EG-richtlijn 76/207 bestaat. De lidstaten worden hier verplicht om de lijst van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten op ‘gezette tijden’ te onderzoeken en hiervan mededeling te doen aan de Europese Commissie. Sinds de inwerkingtreding in 1989 van het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is, is hiernaar geen specifiek onderzoek verricht. Regelmatige actualisering van de lijst van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten wordt wenselijk geacht omdat de uitzonderingen gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen mogelijk te ruim zijn geformuleerd.

Het onderzoek is uitgevoerd door de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onder leiding van ondergetekende. Mr. W.C. Monster (vrouwenrecht, KUN) heeft de hoofdstukken 1, 5, 7 en 8 geschreven en de eindredactie van het rapport op zich genomen. Mr. E. Cremers-Hartman (Juridisch Onderzoeksburo Cremers) is verantwoordelijk voor de hoofdstukken 2, 3 en 4. Dr. T. Havinga (Instituut voor Rechtssociologie, KUN) is verantwoordelijk voor het empirische gedeelte van het onderzoek (hoofdstuk 6). Mr. P.M. van Meerwijk-de Haas heeft meegewerkt aan opzet en uitvoering van het empirische onderzoek.

Voor de begeleiding van het onderzoek is een klankbordgroep ingesteld bestaande uit:

Dr. M. Keizer, voorzitter, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Analyse & Onderzoek;
Mr. W. Bodegraven, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
Prof. mr. J. E. Goldschmidt, Commissie gelijke behandeling;
Mr. J.M. Meijer-van der Aa, Ministerie van Justitie;
Mr. I.Y. Piso, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie ArbeidsVerhoudingen.

De leden van de klankbordgroep komt dank toe voor de goede samenwerking en hun waardevolle commentaar op de opzet en rapportage van het onderzoek.

Verder zijn de onderzoekers dank verschuldigd aan alle personen die hun medewerking aan het onderzoek hebben verleend. Dat geldt met name voor de personen die zijn geïnterviewd en voor diegenen die informatie hebben verstrekt over bijvoorbeeld de wet- en regelgeving in een bepaald land. De onderzoekers danken voorts dr. A. Böcker, voor haar commentaar en suggesties. Mw. M.L. van Maarseveen en dhr. J.P. van Schoonhoven hebben assistentie verleend. Mw. H. van de Put zijn wij erkentelijk voor het verzorgen van de lay-out van dit boek.

Nijmegen, 17 april 2002

I.P. Asscher-Vonk

Inhoudsopgave

Voorwoord	iii
Inhoudsopgave	v
Lijst van afkortingen	x
1. Inleiding	
1.1 Aanleiding onderzoek	1
1.2 Strekking gelijkebehandelingswetgeving	2
1.3 Seksesegregatie op de arbeidsmarkt	3
1.4 Vraagstelling van het onderzoek	7
1.5 Onderzoeksubject	8
1.6 Enkele begrippen	10
1.7 Aanpak onderzoek	13
1.8 Onderzoeksmethode	14
1.9 Opzet onderzoeksverslag	15
2. Geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in EG-richtlijn 76/207	
2.1 Inleiding	17
2.2 Inhoud en achtergrond van artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207	18
2.3 Toezicht op artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207	19
2.4 Jurisprudentie van het HvJEG	22
2.4.1 Commissie/Verenigd Koninkrijk	22
2.4.2 Commissie/BRD	25
2.4.3 Johnston	27
2.4.4 Commissie/Frankrijk	30
2.4.5 Sirdar	34
2.4.6 Kreil	38
2.5 De regels van het Hof nader bekeken	40
2.5.1 Regels inzake de inhoud van een richtlijnconforme regeling	41
2.5.2 Regels inzake de vorm van een richtlijnconforme regeling	45
2.6 Voorstel tot herziening van EG-richtlijn 76/207	46
2.7 Conclusie	50
3. Geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in nationale wet- en regelgeving	
3.1 Inleiding	53
3.2 WGB(oud) en WGBbod (1980-1989)	54
3.2.1 Wetsgeschiedenis	54
3.2.2 Commentaren in de literatuur	57
3.2.3 Samenvatting en conclusie	58

3.3	Voorontwerp van een wet gelijke behandeling (1981)	59
3.3.1	Parlementaire geschiedenis	60
3.3.2	Commentaren in adviezen en nota's	61
3.3.3	Samenvatting en conclusie	62
3.4	Reparatienota (1983)	63
3.4.1	Parlementaire geschiedenis	64
3.4.2	Samenvatting en conclusie	65
3.5	Concept-Reparatiewet (1985)	65
3.5.1	Parlementaire geschiedenis	66
3.5.2	Commentaren in adviezen	68
3.5.3	Samenvatting en conclusie	71
3.6	WGB m/v en WGB-besluit (1989-heden)	72
3.6.1	Wetsgeschiedenis	72
3.6.2	Commentaren in de literatuur	75
3.6.3	Samenvatting en conclusie	75
3.7	AWGB en AWGB-besluit (1994-heden)	76
3.7.1	Uitzonderingen AWGB	77
3.7.2	Commentaren in adviezen en literatuur	79
3.7.3	Evaluatie AWGB	79
3.7.6	Samenvatting en conclusie	80
3.8	Conclusie	81
4.	Elf categorieën geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten	
4.1	Inleiding	83
4.2	Geestelijke ambten	84
4.3	Artistieke beroepsactiviteiten	86
4.4	Biologisch/fysiologisch bepaalde beroepsactiviteiten	87
4.5	Mannequins	88
4.6	Modellen	89
4.7	Persoonlijke dienstverlening binnen particuliere huishoudens	91
4.8	Persoonlijke dienstverlening door arbeidsorganisaties	93
4.9	Dienstverlening en schaamtegevoelens bij cliënte	96
4.10	Feitelijke belemmering vanwege beschermende wetgeving	97
4.11	Werken in het buitenland en buitenlandse rechtsstelsels	99
4.12	Krijgsmacht	100
4.13	Conclusie	102
5.	De regelgeving in acht EG-landen	
5.1	Inleiding	105
5.2	Vorm en werkingssfeer van de regelingen	105
5.3	Inhoud van de regelingen	108
5.3.1	Inhoud	108
5.3.2	Motivering voor de uitzonderingen	113
5.3.3	Categorisering	114
5.3.4	Beroepen of beroepsactiviteiten?	116
5.4	Wijzigingen	116

5.5	Discussies	121
5.6	Samenvatting en conclusie	124
6.	Voorkeur voor man of vrouw bij selectie van personeel	
6.1	Vraagstelling en opzet van het rechtssociologisch onderzoek	125
6.2	Voorkeuren voor mannen of vrouwen bij het vervullen van een vacature	128
6.2.1	Functies en beroepsactiviteiten voor vrouwen	128
6.2.2	Functies en beroepsactiviteiten voor mannen	129
6.2.3	Sekseneutraal of geslachtsbepaald?	130
6.3	Argumenten voor een voorkeur voor een man of vrouw	133
6.3.1	Personeelsbeleid, voorkeursbeleid en streven naar afspiegeling van bevolking of klanten	133
6.3.2	Teamsamenstelling	136
6.3.3	Voorkeur vanwege lichamelijke redenen	138
6.3.4	Wensen en kenmerken van doelgroep, klanten, of cliënten	141
6.3.5	Intieme levenssfeer	144
6.3.6	Bescherming privé-leven	147
6.3.7	Bescherming tegen seksuele avances	148
6.3.8	Flexibiliteit	149
6.3.9	Bescherming van vrouwen	151
6.3.10	Artiesten en modellen	152
6.3.11	Werkzaamheden in het buitenland	153
6.3.12	Kerkelijke functie	154
6.3.13	Meest gebruikte en geaccepteerde argumenten: voorlopige conclusie	154
6.4	Allochtonen	155
6.4.1	Samenloop	156
6.4.2	Werkneemster met hoofddoek	157
6.4.3	Weerstand tegen allochtone hulpverlener	158
6.5	Kennis van en bekendheid met wetgeving en Commissie	159
6.5.1	Kennis van de gelijkebehandelingswetgeving	159
6.5.2	Uitzonderingen op de hoofdregel van gelijke behandeling	161
6.5.3	Bekendheid met de Commissie Gelijke Behandeling	164
6.5.4	Conclusie	164
6.6	Maatschappelijke context	165
6.6.1	Krapte op de arbeidsmarkt	165
6.6.2	Grootte van het bedrijf	167
6.6.3	Veranderingen in opvattingen	168
6.6.4	Maatschappelijke ontwikkelingen	169
6.7	Praktijk en opvattingen vergeleken met het geldend recht	170
6.8	Conclusie	174
7.	Oordelen inzake geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten	
7.1	Inleiding	179
7.2	Juridisch kader	180

7.3	WGB(oud) en WGBbod (1980-1989)	182
7.4	WGB m/v (1989-1994)	187
7.5	WGB m/v en AWGB (1994-heden)	195
7.6	Samenhang met de andere toegelaten uitzonderingen	207
7.7	Argumenten van werkgevers	211
7.8	Conclusie	215
8.	Geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten nader beschouwd	
8.1	Inleiding	217
8.2	Beroepen of beroepsactiviteiten	219
8.3	Criteria voor heroverweging	220
8.3.1	Tegengaan van uitsluiting van vrouwen: een metanorm	220
8.3.2	Strikte uitleg: rechtspraak van het HvJEG	221
8.3.3	Evenredigheidsbeginsel: rechtspraak van het HvJEG	222
8.3.4	Volgorde toetsingscriteria	222
8.4	De Nederlandse uitzonderingen getoetst	223
8.4.1	Geestelijke ambten	223
8.4.2	Artistieke beroepsactiviteiten	224
8.4.3	Biologisch/fysiologisch bepaalde beroepsactiviteiten	225
8.4.4	Mannequins en modellen	226
8.4.5	Persoonlijke dienstverlening binnen particuliere huishoudens	227
8.4.6	Persoonlijke dienstverlening buiten het particuliere huishouden	229
8.4.7	Dienstverlening en schaamtegevoelens bij cliëntèle	235
8.4.8	Feitelijke belemmering vanwege beschermende wetgeving	237
8.4.9	Werk buiten eigen jurisdictie	239
8.4.10	Krijgsmacht	240
8.5	Niet bestaande, mogelijk wel gewenste uitzonderingen	241
8.6	Samenval met ras/etnische afkomst	243
8.7	Vorm van de regeling	244
8.7.1	Regeling bij wet of bij besluit	245
8.7.2	Uitsluiting of uitzondering: geestelijke ambten	246
8.7.3	Afbakening van de drie uitzonderingen van artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207	247
8.7.4	Ordering	247
8.7.5	Alternatieven	248
8.8	Samenvatting van de aanbevelingen	249
8.8.1	Aanbevelingen met betrekking tot de voorvraag	249
8.8.2	Aanbevelingen met betrekking tot de inhoud van de uitzonderingen	249
8.8.3	Aanbevelingen met betrekking tot niet bestaande, mogelijk wel gewenste uitzonderingen	251
8.8.4	Aanbevelingen met betrekking tot de vorm van de regelingen inzake de uitzonderingen	252

Bijlage 1	Voor hoofdstuk 5 geraadpleegde literatuur/bronnen in chronologische volgorde	253
Bijlage 2	Regelingen geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en functies in Duitsland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk	255
Bijlage 3	Informatie over het veldwerk (bij hoofdstuk 6)	259
Summary		263
Literatuurlijst		265

Lijst van afkortingen

AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
a.w.	aangehaald werk
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
bijl.	bijlage
bv.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk Wetboek
BG	Bürgerliches Gesetzbuch
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CGBbod	Commissie Gelijke Behandeling voor de burgerlijke en openbare dienst
d.d.	de dato
e.a.	en anderen
e.v.	en verder
E(E)G	Europese (Economische) Gemeenschap
EK	Eerste Kamer
ER	Emancipatieraad
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap(pen)
IVDV	Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van discriminatie van Vrouwen
i.v.m.	in verband met
i.w.t.	inwerkingtreding
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap(pen)
Ktg.	kantongerecht
LBR	Landelijk Bureau Racismebestrijding
MAC	Maximaal Aanvaardbare Concentratie
m.b.t.	met betrekking tot
m.nt.	met noot
MvT	memorie van toelichting
n.a.v.	naar aanleiding van
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
(n.)n.g.	(nog) niet gepubliceerd
NvT	nota van toelichting
o.a.	onder andere
o.m.	onder meer

p.	pagina
Pb.	Publicatieblad
Rb.	rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RN	Rechtspraak Nemesis
r.o.	rechtsoverweging
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SoZaWe	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Stb.	Staatsblad
Stert.	Staatscourant
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad
vgl.	vergelijk
VN	Verenigde Naties
VV	Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van discriminatie van Vrouwen
Vz.	voorzitter
WGBbod	Wet Gelijke Behandeling voor de burgerlijke en openbare dienst
WGB m/v	Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen
WOA	Wet Onderscheid naar Arbeidsduur

1. Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

In EG-richtlijn 76/207,¹ betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, wordt de EG-lidstaten toegestaan enkele uitzonderingen te maken op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Eén van de uitzonderingen is opgenomen in artikel 2 lid 2 van de richtlijn en luidt aldus:

Deze bepaling vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de Lidstaten om beroepsactiviteiten hiervan (het in het eerste lid vermelde discriminatieverbod) uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.²

Deze bepaling geeft derhalve lidstaten de mogelijkheid om, ondanks de verplichting mannen en vrouwen gelijk te behandelen, bepaalde arbeid uitsluitend aan mannen of aan vrouwen toe te kennen, mits het geslacht een bepalende factor is. Het gaat uitdrukkelijk om de mogelijkheid van deze uitzondering gebruik te maken, het betreft geen verplichting. Nederland heeft van de mogelijkheid wel gebruik gemaakt. In artikel 5 lid 3 van de Wet Gelijke Behandeling (hierna WGB m/v)³ en in het op deze bepaling gebaseerde ‘Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn’, (hierna het WGB-besluit),⁴ zijn een aantal beroepen en beroepsactiviteiten opgesomd waarvoor het geslacht bepalend kan zijn. De opsomming in artikel 5 lid 3 WGB m/v en het WGB-besluit wordt ook wel aangeduid als de ‘lijst’ met toegelaten uitzonderingen.

Lidstaten zijn op grond van artikel 9 lid 2 van richtlijn 76/207 verplicht ‘op gezette tijden’ de in artikel 2 lid 2 bedoelde beroepsactiviteiten te onderzoeken ‘om na te gaan of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de desbetreffende uitzonderingen te handhaven’.

1 Richtlijn 76/207 EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39/40.

2 In juni 2000 heeft de Europese Commissie een voorstel tot herziening van richtlijn 76/207 uitgebracht. Daarin wordt ook de tekst van artikel 2 lid 2 aangepast. De wijziging is echter voor het onderhavige onderzoek niet van belang, zie nader paragraaf 2.6.

3 *Stb.* 1980, 86.

4 *Stb.* 1989, 207.

Het hier gepresenteerde onderzoek is een voorbereiding voor de (eerste) uitvoering van de verplichting van artikel 9 lid 2 van richtlijn 76/207 en is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1.2 Strekking gelijkebehandelingswetgeving

Richtlijn 76/207 had niet alleen tot doel gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid te bewerkstelligen, maar ook de bestaande barrières tot deelname aan betaalde arbeid door vrouwen op te heffen. Eén van de manieren om laatstgenoemd doel te bereiken was het afschaffen van in alle EG-lidstaten voorkomende voorschriften die de toegang van vrouwen tot velerlei soorten werk verboden. De motivering voor die verboden was een mengeling van traditionele, culturele, sociale, en economische argumenten. Het gevolg was dat in de praktijk de gedachte heerste dat veel beroepsactiviteiten geslachtsbepaald waren, hetgeen in concreto in de meeste gevallen betekende: voorbehouden aan mannen. Gezien deze achtergrond was de richtlijn er op gericht de achterstelling van vrouwen op de arbeidsmarkt uit te bannen.

Uit de tekst van de richtlijn en uit de Nederlandse uitwerking daarvan in de WGB m/v komt echter niet naar voren dat deze wetgeving gericht is op het opheffen van discriminatie van vrouwen. De bepalingen zijn sekseneutraal geformuleerd. Zij verhullen de verschillen in maatschappelijke positie tussen mannen en vrouwen en brengen niet tot uiting dat vrouwen een achterstandspositie hebben op allerlei terreinen van het maatschappelijk leven met betrekking tot betaalde en onbetaalde arbeid, macht, scholing, economische positie enzovoort. Een situatie die ook wel wordt aangeduid met ‘asymmetrische sekseverhoudingen’. De tekst van regelingen suggereert dat ook mannen een achterstandspositie (kunnen) hebben of dat mannen en vrouwen in gelijke mate worden gediscrimineerd.

Enkele jaren na totstandkoming van de eerste Wet Gelijke Behandeling (de WGB(oud)) is deze wet aangemerkt als een regeling die mede uitvoering geeft aan het Internationaal Verdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (het Vrouwenverdrag).⁵ De wordingsgeschiedenis van dit Verdrag is doordrenkt met de visie dat met het Verdrag de opheffing van de inferieure positie van vrouwen is beoogd. Het doel van het Verdrag is de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen en het opheffen van de structureel achtergestelde positie van vrouwen ten opzichte van mannen. Dit is het tegendeel van de sekseneutrale formulering van de WGB m/v. Eén van de drie subdoelstellingen van het Vrouwenverdrag is de bestrijding van de dominante genderideologie, uitgedrukt in artikel 5 van het Vrouwenverdrag. Het eerste lid van deze bepaling verplicht de Staten die partij zijn bij het Verdrag, alle passende maatregelen te nemen om ‘het sociale en culturele gedragspatroon van de man en de vrouw te veranderen teneinde

5 *Kamerstukken II* 1984/85, 18950 (R 1281), nrs. 1-3, p. 9 (Rijkswet ter goedkeuring van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, New York, 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146.)

te komen tot de uitbanning van vooroordelen, van gewoonten en van alle andere gebruiken, die zijn gebaseerd op de gedachte van de minderwaardigheid of meerderwaardigheid van een van beide geslachten of op de stereotiepe rollen voor mannen en vrouwen'. Dat wil zeggen dat de overheid verplicht is een actieve rol te spelen in het veranderen van bestaande ideeën of ideologieën waarin vrouwen een ongelijkwaardige, ondergeschikte, of 'andere' rol krijgen toebedeeld in het menselijk leven in al zijn facetten, zowel op publiek als op privé-terrein.⁶

Door de WGB m/v te beschouwen als een uitvoering van het Vrouwenverdrag mag deze wet, ondanks de seksneutrale formulering, gezien worden als een wet die gericht is op de bestrijding en opheffing van de achterstelling van vrouwen bij de arbeid. Vanuit dit perspectief wordt in dit onderzoek dan ook in beginsel gewerkt.

1.3 Seksesegratie op de arbeidsmarkt

De gelijkebehandelingswetgeving kwam op EG-niveau halverwege de jaren zeventig tot stand. Zoals gezegd was de sociale achtergrond van die regelgeving tweërlei: er participeerden in het algemeen maar weinig vrouwen op de arbeidsmarkt in de EG-lidstaten en voor zover daarvan wel sprake was, waren zij werkzaam in maar enkele sectoren van de arbeidsmarkt. Het doel van de richtlijn was zowel het vergroten van de toestroom van vrouwen tot de arbeidsmarkt, als het doorbreken van de horizontale beroepssegregatie, dat wil zeggen van het verschijnsel dat vrouwen maar in een beperkt aantal sectoren werkzaam waren.

Toen onder druk van de Europese richtlijn de eerste gelijkebehandelingswetgeving in Nederland tot stand kwam, verschilde de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt nog sterk van die van mannen. Een korte schets van de arbeidsmarktpositie van vrouwen in Nederland, en de ontwikkelingen die zich daarin hebben voorgedaan, geeft het volgende beeld. De participatie van Nederlandse vrouwen op de arbeidsmarkt is jarenlang een van de laagste in Europa geweest. Met name gehuwde vrouwen namen slechts in zeer geringe mate deel aan betaalde beroepsarbeid. Vanaf het midden van de jaren tachtig kwam daar verandering in. Had in 1970 en 1979 29% van de vrouwen tussen de 15 en 65 jaar betaald werk voor minimaal 12 uur per week, in 1999 was dit opgelopen tot 51 %.⁷ De sterke banengroei resulteerde vooral in een forse stijging van de arbeidsdeelname van (met name) gehuwde vrouwen.

De toegenomen arbeidsdeelname van vrouwen kan slechts gedeeltelijk worden verklaard door gewijzigde kenmerken en omstandigheden van vrouwen, zoals het toegenomen opleidingsniveau. Wellicht dat er een verklaring kan liggen in de gewijzigde opvattingen over het buitenshuis werken van moeders. In 1985 vond 70% van de bevolking het werken van een gehuwde vrouw met schoolgaande kinderen 'niet bezwaarlijk' of 'aan te bevelen', in 1997 was dit 81%. In 1965 vond overigens

6 Zie over de verstrekkende betekenis van deze bepaling Groenman 1997, p. 19-27.

7 *Sociaal en Cultureel Rapport 2000*, p. 279-280, 283-284.

nog 81% van de vrouwelijke en 87% van de mannelijke bevolking het ‘bezwaarlijk’ als in een gezin met schoolgaande kinderen de vrouw een werkkring heeft naast haar huishouding. Kortom, er is sprake van een ware revolutie in de opvattingen over het buitenshuis werken van moeders.⁸ Van Praag en Niphuis-Nell constateren dat de opvattingen van de Nederlandse bevolking over de taakverdeling tussen de seksen sinds 1981 verschoven zijn van een traditionele taakverdeling naar een gelijke taakverdeling. Uit opinies en wensen ten aanzien van deze taakverdeling blijkt een sterkere mate van gelijkheid dan uit de gedragingen. Er is sprake van een discrepantie tussen houding en gedrag.⁹

De genoemde omslag in opvattingen van de bevolking over het buitenshuis werken van moeders loopt parallel met de wijziging in de wijze waarop arbeidsorganisaties omgaan met werkneemsters die trouwen en kinderen krijgen. Tot in de jaren zestig was het gebruikelijk dat een vrouw die huwde ontslag nam of kreeg. Later, wanneer door de opkomst van anticonceptie de band tussen huwelijk en kinderen iets minder direct wordt, wordt het gebruikelijker dat een vrouw blijft werken na haar huwelijk tot de geboorte van het eerste kind. Toen in 1976 een verbod op ontslag tijdens zwangerschap (opzegverbod) in werking trad, was dat niet een codificatie van een reeds jarenlang bestaande praktijk binnen arbeidsorganisaties. Het ontslagverbod tijdens zwangerschap vervulde eerder een voortrekkersrol in een trend die al wel was begonnen, maar nog lang niet voltooid.

Zoals gezegd nam de afgelopen dertig jaar de arbeidsparticipatie van vrouwen enorm toe. Deze toename betekent echter niet dat er op dit moment geen verschillen meer bestaan tussen de positie van vrouwen en mannen op de arbeidsmarkt. Nog altijd is de participatiegraad van mannen aanzienlijk hoger dan die van vrouwen (76% tegenover 51% in 1999). De verschillen in participatiegraad tussen mannen en vrouwen zijn het kleinst bij hoog opgeleiden en het grootst bij degenen met alleen basisonderwijs. Vrouwen hebben bovendien vaak een deeltijdbaan. Het gemiddelde uurloon van mannen in een voltijdbaan is in 1997 bijna negen gulden (4,40 Euro) méér dan dat van vrouwen in een voltijdbaan. Dat verschil is de afgelopen tien jaar groter geworden. Dit komt doordat vrouwen sterker zijn vertegenwoordigd in minder betaalde beroepen en minder dan mannen doorstromen naar hogere functies.¹⁰

Veel beroepen worden getypeerd als mannen- dan wel vrouwenberoep. Een eenmaal bestaande associatie van een bepaald beroep met een bepaalde sekse is vaak hardnekkig. Bestaande seksetypering van beroepen kan veranderen bijvoorbeeld wanneer de aard van de werkzaamheden wijzigt onder invloed van technologische vernieuwingen of wanneer de verhouding tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt drastisch wijzigt.¹¹ Bij het ontstaan van nieuwe beroepen ontwikkelt zich vaak een associatie met een bepaalde sekse. Dit was zo bij de administratieve

8 *Sociaal en Cultureel Rapport 2000*, p. 290-293 en Van Praag & Niphuis-Nell 1997, p. 88-92.

9 Van Praag & Niphuis-Nell 1997, p. 97-102.

10 Oudhof 1999.

11 Murgatroyd 1982.

kantoorberoepen, aanvankelijk werkten op kantoor mannelijke klerken. Naderhand werden functies als typiste, secretaresse en receptioniste typische vrouwenberoepen. Een vergelijkbare ontwikkeling is te zien bij het beroep apothekersassistent(e).¹² Van Oost beschrijft dit proces voor functies in de automatisering. Aan bepaalde activiteiten wordt een betekenis gegeven in termen van vrouwelijkheid en mannelijkheid. Functies als systeemanalist, programmeur en operator ontwikkelden zich als mannelijk, terwijl ponstypiste een typische vrouwenfunctie werd.¹³

De sterke toename van de participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt zou in potentie kunnen leiden tot veranderingen in de geslachtsspecifieke segregatie op de arbeidsmarkt. De positie van een werknemer op de arbeidsmarkt wordt gekenmerkt door het niveau waarop een functie wordt uitgeoefend, het beroep en de bedrijfstak of het type bedrijf waarin iemand werkzaam is. Mannen en vrouwen blijken niet evenredig verdeeld over functieniveaus, bedrijfstakken en beroepen. In het navolgende zal kort worden aangegeven of op deze drie punten sprake is van geslachtsspecifieke segregatie en in hoeverre hierin de afgelopen jaren verandering is opgetreden.

Het aandeel van vrouwen in beroepen op middelbaar en hoger niveau blijkt sterk toegenomen sinds 1987. De verticale seksesegregatie is dus kleiner geworden. Wel blijft het aandeel van vrouwen in wetenschappelijke beroepen en in managementfuncties in hogere en wetenschappelijke beroepen nog achter bij mannen.¹⁴ Het functieniveau van mannen is gemiddeld hoger dan dat van vrouwen.

Heeft de instroom van vrouwen geleid tot een verschuiving van de verdeling van werkzame mannen en vrouwen over bedrijfstakken en beroepen? Vrouwen en mannen werken nog altijd veelal in verschillende bedrijfstakken. Vrouwen hebben vooral een baan in de gezondheids- en welzijnssector en in de (detail)handel. Mannen werken vaker in de industrie. De mate waarin mannen en vrouwen evenredig over de bedrijfstakken zijn verdeeld, kan worden uitgedrukt in een maat voor segregatie. Deze maat heeft een maximum van 1 wanneer alle vrouwen in een andere bedrijfstak werken dan mannen, en een minimum van 0 wanneer sprake is van een geheel evenredige verdeling (zie tabel 1).

Een vergelijkbare maat kan worden berekend voor de segregatie naar beroep. Typische vrouwenberoepen zijn secretaresse, (para)medische en verzorgende beroepen. Weinig vrouwen werken in een technisch beroep of in het transportwezen. Het aandeel van vrouwen is in alle beroepen toegenomen, vooral in de typische vrouwenberoepen. Onderstaande tabel laat zien dat de horizontale seksesegregatie op de arbeidsmarkt in de loop der jaren is toegenomen wanneer wordt gekeken naar beroepen en gelijk is gebleven wanneer wordt gekeken naar bedrijfstakken.

12 Beschreven door respectievelijk Leijdesdorff en Morée, aangehaald in Brouns & Schokker 1990, p. 177-178. Zie ook de beschrijving van de opkomst van de zogenoemde 'nette vrouwenberoepen' in Morée & Schwegman 1981, p. 112-132.

13 Van Oost 1994. De Bruijn 1989 (p.322) constateert dat uit diverse onderzoeken blijkt dat automatisering heeft geleid tot een versterking van de concentratie van vrouwen in bepaalde beroepen.

14 Keuzenkamp & Oudhof 2000, p. 69-70. Zie voor een vergelijkbare constatering voor Engeland Walby 1997, p. 34-36.

Overigens blijkt dat in 40% van de onderzochte 188 beroepen de seksspecifieke segregatie de afgelopen 25 jaar is afgenomen. In eveneens 40% van de beroepen bleef de mate van seksesegregatie gelijk, terwijl 14% van de beroepen veranderde van sekselabel.¹⁵

Zoals gezegd, de verticale segregatie is duidelijk wel afgenomen. De mate waarin mannen en vrouwen werkzaam zijn in de verschillende functieniveaus is tamelijk evenredig en is afgenomen sinds 1987.¹⁶ Geconcludeerd kan worden dat ondanks een toename van de arbeidsdeelname van vrouwen de horizontale segregatie naar beroep is toegenomen en naar bedrijfstak gelijk is gebleven. Alleen naar niveau is de segregatie afgenomen.

Tabel 1: Segregatie naar geslacht op de arbeidsmarkt

	1987	1994	1999
Index segregatie per bedrijfstak		0,299	0,300
Index segregatie beroepen	0,411	0,475	0,530
Index segregatie beroepsniveau	0,082	0,046	0,027

Bron: Emancipatiemonitor 2000.¹⁷

De waarde van een dergelijke index voor de mate van segregatie is sterk afhankelijk van de gehanteerde classificatie. Zo is opgemerkt dat de indeling van een beroep in een beroepsniveau mede afhangt van de mate waarin dat beroep wordt getypeerd als mannenberoep of vrouwenberoep.¹⁸ Bovendien is de hoeveelheid categorieën die wordt onderscheiden eveneens van invloed op het verkregen resultaat. Het lijkt bijvoorbeeld aannemelijk dat een grotere verticale segregatie zou worden geconstateerd wanneer meer beroepsniveaus voor de analyse worden onderscheiden. Aan deze cijfers kan dan ook geen absolute waarde worden gehecht.¹⁹ Wel kan worden geconstateerd of een bepaalde vorm van segregatie in de loop der tijd is toegenomen of afgenomen (op dezelfde manier berekend).

Ondanks ruim twintig jaar gelijkebehandelingswetgeving bestaat nog steeds ongelijkheid tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt. Verklaringen hiervoor kunnen liggen in een verschil in vooropleiding of in ambitie tussen mannen en

15 Keuzenkamp 1999. In andere OESO-landen bestaat een vergelijkbaar onderscheid tussen mannen- en vrouwenberoepen. De drie meest voorkomende vrouwenberoepen zijn secretaresse, onderwijzeres en verpleegster. Daarnaast werken veel vrouwen in winkels, hotels, cateringbedrijven en als hulp in de huishouding of in de thuiszorg (Goré 1999).

16 Hooghiemstra & Niphuis-Nell 1993 (p. 86) beschrijven een onderzoek van Huijgen waaruit blijkt dat tussen 1977 en 1985 het gemiddelde functieniveau van mannen sterker is gestegen dan dat van vrouwen.

17 Keuzenkamp & Oudhof 2000, tabel 4.12 en 4.14.

18 Murgatroyd 1982, p. 577-578.

19 Hooghiemstra & Niphuis-Nell 1993 (p.77-78) hanteren vermoedelijk een andere indeling in beroepsgroepen. Ze komen op basis daarvan tot een beroepssegregatie index voor beroepsgroepen van 0,637 in 1981 en 0,633 in 1985. Hun conclusie is dat in de door hen bestudeerde periode de segregatie naar beroepsgroepen gelijk is gebleven.

vrouwen. Het kan zijn dat vrouwen andere keuzes maken dan mannen, bijvoorbeeld kiezen voor een deeltijdbaai of de zorg voor kinderen. Het kan ook zijn dat werkgevers voor bepaalde functies de voorkeur geven aan een man. Het is deze laatste mogelijke verklaring van ongelijkheid tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt die in dit onderzoek aan bod komt.

Gezien de nog steeds bestaande horizontale en verticale beroepssegregatie kan gesteld worden dat de vraag of het geslacht een bepalende factor kan of moet zijn voor het uitoefenen van een bepaalde beroepsactiviteit of een bepaald beroep, beslist niet van actualiteit ontbloomt is.

1.4 Vraagstelling van het onderzoek

Het doel van het onderzoek is het leveren van materiaal voor het analyseren en actualiseren van de beroepen en beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht een bepalende factor kan zijn.

De probleemstelling is door de opdrachtgever als volgt geformuleerd:

- is het gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen gerechtvaardigd de uitzonderingen op het recht op gelijke behandeling te handhaven, zoals deze genoemd zijn in artikel 5 lid 3 WGB m/v en het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn?
- welke aanpassingen/toevoegingen zouden overwogen moeten worden op basis van sociale en maatschappelijke ontwikkelingen?

De antwoorden op deze onderzoeksvragen vereisen in beginsel een politiek maatschappelijk waardeoordeel, hetgeen niet gegeven kan worden door middel van wetenschappelijk onderzoek. Tot de competentie van wetenschappelijk onderzoek behoort wel het aangeven van criteria aan de hand waarvan politieke vragen als deze beantwoord kunnen worden.

In dat verband heeft het onderzoeksteam de concrete onderzoeksvraag die voorbereidt op genoemd waardeoordeel als volgt geformuleerd: welke criteria kunnen worden gevonden voor de vraag of het gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen gerechtvaardigd is de lijst beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, te handhaven, uit te breiden dan wel in te krimpen?

Daarbij worden een aantal subvragen onderscheiden:

- welke beroepsactiviteiten worden thans in wet- en regelgeving als mogelijk geslachtsbepaald beschouwd?
- welke beroepsactiviteiten zijn in juridische en maatschappelijke discussies aan de orde?
- welke argumenten worden daarin gehanteerd door voor- of tegenstanders van de toepasselijkheid van bepaalde uitzonderingen, om bepaalde beroepsactiviteiten al of niet als 'geslachtsbepaald' te beschouwen?
- passen deze argumenten binnen het juridisch kader dat door de Europese en de Nederlandse wetgever is aangebracht?

- is er, gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen, aanleiding de thans toegelaten uitzonderingen uit te breiden, te schrappen dan wel anderszins te wijzigen?

De opdrachtgever was, mede in verband met het tot stand komen van het verbod op onderscheid naar ras, tevens geïnteresseerd in de vraag in hoeverre allochtone vrouwen op de arbeidsmarkt ‘dubbel’ worden gediscrimineerd (vanwege hun geslacht en vanwege hun ras/etnische herkomst). Om deze reden wordt in het onderzoek ook nagegaan welke rol ras/etnische herkomst speelt bij de vraag of het geslacht een bepalende factor is voor de uitoefening van een beroepsactiviteit.

1.5 Onderzoeksubject

De algemene bepaling die vervat is in artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 heeft in de Nederlandse wetgeving plaats gekregen in artikel 7:646 lid 2 BW voor de private sector en in de WGB m/v voor de overige sectoren. De betrokken bepaling in het BW, alsook de WGB m/v dateren van 1980. In 1989 vond een aanzienlijke bijstelling plaats met de zogenoemde ‘Reparatiewet’.²⁰ De in de periode 1980-1989 vigerende wet wordt in dit onderzoek aangeduid als de WGB(oud). In diezelfde periode bestond nog een afzonderlijke regeling voor ambtenaren: de Wet gelijke behandeling voor de openbare dienst. Zij wordt in dit onderzoek aangeduid als de WGB-bod. Bij de wetwijziging van 1989 is deze wet geïncorporeerd in de WGB m/v.

In de WGB m/v is de regeling inzake geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten meer specifiek uitgewerkt in artikel 5. In het tweede lid van deze bepaling wordt het volgende bepaald:

Voor zover het betreft de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen mag van het in de artikelen 1a, 2, 3 en 4 bepaalde worden afgeweken in gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende beroepsactiviteit het geslacht bepalend is. In het derde lid van artikel 5 worden vervolgens onder sub a, b en c drie categorieën beroepsactiviteiten onderscheiden waarvoor het geslacht bepalend kan worden geacht. Onder sub a en sub b worden concrete beroepen genoemd, en onder sub c wordt vermeld: ‘overige beroepsactiviteiten, nader bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen’. De desbetreffende algemene maatregel van bestuur is het reeds vermelde WGB-besluit uit 1989.

Gezien de juridische situering van de relevante bepalingen is dit onderzoek in beginsel geconcentreerd op de artikelen 5 lid 3 WGB m/v sub a en b en het WGB-besluit. Niettemin zullen ook enkele andere regelingen aan de orde komen.

In de eerste plaats gaat het daarbij om de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB).²¹ Deze wet betreft niet alleen bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht, maar ook op grond van andere persoonskenmerken als godsdienst,

²⁰ *Stb.* 1989, 168.

²¹ *Stb.* 1994, 230.

ras, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat. In deze wet worden eveneens diverse uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid toegelaten. Zij zijn verwoord in de artikelen 2 tot en met 5 AWGB. De in artikel 2 toegelaten uitzonderingen zijn ook uitgewerkt in een besluit, gebaseerd op artikel 2 lid 6 AWGB: het Besluit gelijke behandeling' (hierna: het AWGB-besluit).²²

De AWGB, de WGB m/v en artikel 7:646 lid 2 BW overlappen elkaar voor zover het betreft het kenmerk 'geslacht' en de uitzondering voor beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is.

Artikel 2 lid 2 aanhef en onderdeel a, AWGB bepaalt dat het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid niet geldt in gevallen waarin het geslacht bepalend is. Daarnaast verwijst artikel 1 van het AWGB-besluit naar het WGB-besluit. Om die reden moet in dit onderzoek mede aandacht worden besteed aan artikel 2 lid 2 sub a AWGB en het AWGB-besluit.

In de tweede plaats komen mede aan de orde twee andere door richtlijn 76/207 toegelaten uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling bij de arbeid. Zij zijn verwoord in de leden 3 en 4 van artikel 2 van deze richtlijn en luiden als volgt:

Art. 2 lid 3: Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

Art. 2 lid 4: Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.

Ook deze uitzonderingen zijn in de AWGB, de WGB m/v en artikel 7:646 BW verwerkt. In de praktijk is gebleken dat het onderscheid tussen deze twee uitzonderingen onderling, noch het onderscheid tussen deze twee uitzonderingen en die betreffende beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is, scherp is. Niet zelden rijst de vraag welke van de drie uitzonderingen in een concreet geval van toepassing is. Teneinde de onderzoeksvragen te beantwoorden dient derhalve ook aan deze uitzonderingen aandacht te worden besteed. Het onderzoeksobject omvat daardoor mede die bepalingen in de nationale wetgeving waarin de uitzonderingen van artikel 2 lid 3 en 2 lid 4 van richtlijn 76/207 zijn uitgewerkt: artikel 7:646 lid 3 en 4 BW, artikel 1a lid 3 en 5 lid 1 WGB m/v, en artikel 2 lid 2 sub b, en 3 AWGB.

Een laatste regeling die mede in het onderzoek wordt betrokken is artikel 2 lid 4 AWGB. In deze bepaling wordt een verbod op onderscheid naar ras toegestaan "in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn". Deze bepaling wordt nader uitgewerkt in artikel 2 van het AWGB-besluit. Dit gezien de onderzoeksvraag of het behoren tot een bepaald ras een rol speelt bij het nagaan of het geslacht een bepalende factor is voor een beroep of beroepsactiviteit.

22 *Stb.* 1994, 657.

1.6 Enkele begrippen

Enkele in dit onderzoek voorkomende begrippen vragen enige nadere omlijning vooraf. Het gaat om het begrip ‘sociale ontwikkelingen’, de begrippen ‘beroepen’ en ‘beroepsactiviteiten’, en de begrippen ‘geslacht’ en ‘ras’.

Sociale ontwikkelingen

Het te hanteren onderzoekscriterium bij de vraag of behoud dan wel aanpassing van de artikelen 5 lid 3 sub a en b en het WGB-besluit gerechtvaardigd is, dient ingevolge artikel 9 lid 2 van richtlijn 76/207 te zijn ‘de sociale ontwikkeling’ (Engelse tekst: ‘social developments’). Dit is een breed criterium. ‘Sociale ontwikkeling’ omvat in beginsel een scala aan ontwikkelingen op onder meer politiek, economisch, cultureel, demografisch, technisch,²³ of wetgevend terrein.

De Nederlandse regering heeft tijdens het wetgevingsproces niet gesproken over sociale ontwikkeling maar over ‘maatschappelijke opvattingen’,²⁴ daarmee het begrip ‘sociale ontwikkeling’ kennelijk interpreterend als ‘opvattingen in de maatschappij over het soort werk dat vrouwen of mannen behoren te doen’. Op deze opstelling is zowel in het parlement als in de literatuur kritiek geleverd. Zo is in de Tweede Kamer gevraagd in hoeverre (wijd verbreide) opvattingen over wat mannelijk en wat vrouwelijk is een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling rechtvaardigen: “Ook al gaat het alleen om fysieke verschillen, die kunnen in de praktijk uitgerekt worden en op ouderwetse opvattingen steunen. Wij vinden het belangrijk dat nu reeds uitgesloten wordt dat ook opvattingen over wat mannelijk, c.q. vrouwelijk is een rol gaan spelen”.²⁵ De destijds verantwoordelijke bewindsman antwoordde daarop dat de grens uiterst moeilijk is aan te geven. “Hier mogen niet wijdverbreide opvattingen die ook als vooroordelen kunnen worden aangeduid, de weg wijzen”.²⁶ Met deze opmerking poogde de minister wellicht aan te geven dat er verschil is tussen vooroordelen en maatschappelijke opvattingen, maar waar de grens precies lag kon hij ook niet zeggen.

De kritiek in de literatuur hield met name verband met het feit dat de WGB (oud) vooral beoogde een mentaliteitsverandering teweeg te brengen, zoals tijdens de parlementaire behandeling door de minister in vele toonaarden was betoogd. Van der Weele schrijft in dit verband:

“Maatschappelijke opvattingen moeten niet doorslaggevend worden geacht. De opvattingen over de vraag of een functie uitsluitend door een man of door een vrouw uitgeoefend kan worden, dan wel dat het geslacht niet ter zake doet, kun-

23 Europese Commissie 1981, p. 160: “Bij beperking van technologische ontwikkelingen tot het terrein van de arbeid kan gedacht worden aan de arbeidsomstandighedenwetgeving die mede ingaat op gevaarlijke chemische stoffen en aan apparatuur of machines die voorheen fysiek zware arbeid aanzienlijk heeft verlicht”.

24 *Kamerstukken II* 1978/79, 15400, nr. 3, p. 11.

25 *Handelingen II* 1978/79, 15400, p. 5761.

26 *Handelingen II* 1978/79, 15400, p. 5810-5811.

nen sterk uiteenlopen waardoor *de* maatschappelijke opvattingen moeilijk zijn vast te stellen. Bovendien liggen aan de huidige maatschappelijke opvattingen een groot aantal vooroordelen en misvattingen ten grondslag. De WGB m/v beoogt nu juist mentaliteitsverandering en de doorbreking van de scheiding tussen typisch mannelijke en typisch vrouwelijke beroepen. De maatschappelijke opvattingen zijn dan ook geen goede leidraad om een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling te rechtvaardigen”.²⁷

Of deze kritiek de regering op fundamenteel andere gedachten heeft gebracht kan worden betwijfeld. Bij de totstandkoming van het AWGB-besluit is er op gewezen dat in dit besluit twee soorten uitzonderingen waren opgenomen: gevallen waarin sprake was van afbakening van grondrechten en gevallen waar het onderscheid naar heersende maatschappelijke opvattingen dwingend volgt uit de aard van het geval of de omstandigheden en waarbij in redelijkheid geen twijfel bestaat over de rechtvaardiging van het onderscheid.²⁸

Hoe dit alles ook zij, de grens tussen maatschappelijke opvattingen en maatschappelijke ontwikkelingen is niet scherp te trekken. Veranderingen in maatschappelijke opvattingen kunnen worden beschouwd als maatschappelijke ontwikkelingen. Omgekeerd beïnvloeden maatschappelijke ontwikkelingen de maatschappelijke opvattingen. Gezien de nadruk tijdens het wetgevingsproces op maatschappelijke opvattingen, wordt daaraan in dit onderzoek structureel aandacht besteed. Maar ook maatschappelijke ontwikkelingen komen aan de orde, zij het minder systematisch.

Beroepen en beroepsactiviteiten

Tussen de begrippen ‘beroepen’ en ‘beroepsactiviteiten’ is een verschil. Bij beroepen wordt in beginsel gedacht aan hele functies. Bij beroepsactiviteiten denkt men meer aan onderdelen van de functie, al is niet uit te sluiten dat voor alle activiteiten die een functie inhoudt het geslacht een bepalende factor kan zijn. Anders gezegd, beide begrippen kunnen inhouden dat het om een functie in zijn totaliteit gaat, maar slechts een van de twee woorden, namelijk ‘beroepsactiviteiten’, kan ook inhouden dat het slechts om een onderdeel van de uit te voeren taak gaat. De nationale wetgever hanteert het woord ‘beroepsactiviteiten’ in zowel artikel 5 lid 2 WGB m/v als in het WGB-besluit. Op het verschil in betekenis tussen ‘beroepen’ en ‘beroepsactiviteiten’ is de wetgever nooit ingegaan. In de met name genoemde functies van artikel 5 lid 3 sub a en b WGB m/v en het WGB-besluit, zijn zowel hele functies aan de orde als onderdelen van functies. Ook in de praktijk blijkt, met name uit de casuïstiek van de Commissie Gelijke Behandeling (hierna CGB, het orgaan dat toeziet op de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving), dat een zaak soms

27 Van der Weele 1983, p. 88-89. Zie voor overeenkomend commentaar: Rood 1979; Emancipatieraad 1982, p. 121; Emancipatieraad 1985a, p. 28; Prechal & Burrows 1990, p. 109-118.

28 Minister Hirsch Ballin in *Handelingen II*, 1993/94, 22014, p. 3517; toelichting bij het AWGB-besluit, p. 4.

een beroep betreft en soms alleen een bepaald onderdeel van een beroep. Dit laatste wordt in een enkel geval door de CGB onderkend, maar een fundamentele beschouwing heeft deze Commissie er nooit aan gewijd.

Op basis van deze constatering is de stelling gerechtvaardigd dat de dogmatiek in ons land op dit punt onderontwikkeld is. Een en ander plaatste de onderzoekers voor de vraag welk begrip voor het onderzoek het meest adequaat is. Besloten is de tekst van de wet aan te houden en in beginsel het woord ‘beroepsactiviteiten’ te hanteren, tenzij het duidelijk is dat er sprake is van een ‘beroep’ of functie in zijn geheel.

Het begrip ‘geslacht’

Het begrip ‘geslacht’ is een essentieel element in dit onderzoek. In beginsel behoeft dit begrip geen nadere toelichting. Niettemin is er aanleiding om van dit uitgangspunt af te stappen, gezien de medische ontwikkeling waarbij het mogelijk is geworden via operatieve ingrepen personen van geslacht te doen veranderen. Uit de rechtspraak is inmiddels gebleken dat geslachtsverandering tot ontslag kan leiden, ook al gaat het niet om een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit. Het Hof van Justitie van de EG (HvJEG) oordeelde in een dergelijke zaak als volgt: “Gelet op haar doelstelling en op de aard van de rechten die zij beoogt te beschermen, dient de richtlijn (76/207) ook toepassing te vinden bij discriminaties die, zoals in casu, berusten op geslachtsverandering van betrokkene. Dergelijke discriminaties zijn immers voornamelijk zo niet uitsluitend gebaseerd op het geslacht van belanghebbende. Wanneer iemand dus wordt ontslagen op grond dat hij/zij een geslachtsverandering wenst te ondergaan of heeft ondergaan wordt hij/zij slechter behandeld dan degenen die behoren tot het geslacht waartoe hij/zij voor die operatie werd geacht te behoren”.²⁹

Dit standpunt is in een aantal oordelen door de CGB overgenomen, onder verwijzing naar de bewuste uitspraak van het HvJEG.³⁰ Het is ook het uitgangspunt in dit onderzoek.

Het begrip ‘ras’

Het begrip ‘ras’ moet ruim worden uitgelegd. Het omvat ook huidskleur, afkomst, etnische afstamming of nationaliteit.³¹ Ook aanduidingen van groepen mensen met ‘buitenlanders’, ‘gastarbeiders’, ‘allochtonen’, ‘woonwagenbewoners’,³² Zuid-Molukkers, Turken, et cetera, vallen dus onder het begrip ‘ras’.³³

29 HvJEG 30 april 1996 (*P en S tegen Cornwall County Council*), zaak C-13/94, *Jur. I* 1996, p. 2143, r.o. 20-21.

30 Oordelen 88-12, 88-32, 99-107 en 00-73.

31 Conform artikel 2 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie, Verdrag van 7 maart 1966, *Trb.* 1967, 48.

32 Vgl. oordeel CGB 97-24.

33 Zie voorts Wentholt 1999, p. 94-95.

1.7 Aanpak onderzoek

De onderzoeksvraag vereist een analyse van de rechtspraktijk. Getracht wordt relevante maatschappelijke opvattingen en ontwikkelingen op het spoor te komen door op verschillende manieren te onderzoeken welke functies en beroepsactiviteiten als mogelijk geslachtsbepaald worden aangemerkt in (supranationale) wet- en regelgeving, in rechtspraak, in juridische literatuur, in andere landen van de Europese Unie en in de praktijk van personeelsselectie. Daarbij wordt geanalyseerd en geïnventariseerd welke voorwaarden, criteria en argumenten worden gehanteerd door diverse betrokkenen.

Het onderzoek bestaat uit een juridisch deel en een rechtssociologisch deel. In het juridisch onderzoek wordt onderzocht welke functies en beroepsactiviteiten als mogelijk geslachtsbepaald worden beschouwd op EG-niveau en in de wet- en regelgeving van Nederland en een aantal andere EG-landen. Dit laatste impliceert dat het juridisch deel een rechtsvergelijkende component omvat. Het doel daarvan is na te gaan of de vigerende regelingen, de rechtspraak of eventuele discussies in de bestudeerde landen, inspiratie opleveren voor Nederland, dan wel argumenten geven voor herziening van de nationale regelgeving met betrekking tot uitgezonderde beroepsactiviteiten.

Daarnaast wordt de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJEG) en de CGB geanalyseerd om vast te stellen onder welke voorwaarden geslachtsbepaalde functies of beroepsactiviteiten geaccepteerd worden en welke argumenten en criteria daarbij worden aangelegd. Daarbij wordt tevens nagegaan welke ontwikkelingen zijn te constateren in de opvattingen in de rechtspraktijk. Ook de rechtspraak van de nationale rechter wordt bestudeerd. Deze blijkt echter dermate schaars dat zij niet afzonderlijk besproken zal worden.

In het rechtssociologisch onderzoek wordt onderzocht welke functies en beroepsactiviteiten als mogelijk geslachtsbepaald worden beschouwd binnen arbeidsorganisaties en de argumenten die daarbij worden gehanteerd. De algemene vraagstelling is voor dit empirisch deel van het onderzoek als volgt gespecificeerd:

- voor welk soort functies willen werkgevers bij voorkeur of uitsluitend een man dan wel een vrouw? Welke argumenten heeft men daarvoor? In hoeverre wordt bij de selectie van personeel deze voorkeur ook gerealiseerd?
- In hoeverre zijn personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars op de hoogte van de wetgeving gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en meer in het bijzonder van de uitzonderingsbepalingen? In hoeverre zijn de voorkeuren van werkgevers en klanten volgens personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars mogelijk binnen het kader van de wettelijke voorschriften? In hoeverre zijn personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars van oordeel dat die uitzonderingen wettelijk mogelijk zouden moeten zijn?

Met dit deel van het onderzoek beogen we enerzijds zicht te krijgen op de vraag bij welk soort functies en beroepsactiviteiten anno 2001 mogelijk geslachtsbepaaldheid aan de orde is volgens personen die betrokken zijn bij de werving en selectie van personeel. Anderzijds is onderzocht welke opvattingen personeelsfunctionaris-

sen en arbeidsbemiddelaars hebben over de relevante wetgeving en de toelaatbaarheid van een voorkeur voor iemand van een bepaald geslacht bij de vervulling van een vacature. Zowel de gangbare praktijk bij personeelsselectie als de opvattingen van personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars geven informatie over op dit moment vigerende maatschappelijke opvattingen over geslachtsbepaaldheid van functies, beroepsactiviteiten of vacatures. Het is niet mogelijk om ontwikkelingen te signaleren in de vigerende opvattingen of de gangbare praktijk omdat vergelijkbare gegevens over het verleden niet voorhanden zijn.

De twee deelonderzoeken beogen in onderlinge samenhang te komen tot een uitwerking van de centrale onderzoeksvraag. De argumenten voor de te ontwikkelen criteria worden aangedragen op basis van inventarisatie, rangschikking en analyse van regelgeving, opvattingen en discussies in binnen- en buitenland die werden en worden gehanteerd om al of niet te komen tot de opvatting dat het geslacht bepalend is voor een bepaald beroep of een bepaalde beroepsactiviteit. Aan de hand van die argumenten kunnen bouwstenen worden aangedragen voor de vraag of het al of niet gerechtvaardigd is over te gaan tot aanpassing van de uitzonderingen die thans in de regelgeving worden toegelaten. In die argumentatie zal mede bekeken worden of en in hoeverre ideeën en voorstellen sporen met zowel hoofdlijnen als details van de AWGB en/of het AWGB-besluit. Al doende wordt tevens aandacht besteed aan de vraag of de onderzochte wetgeving voldoet aan kwalitatieve eisen die aan wetgeving moeten worden gesteld, met name op het punt van helderheid, inzichtelijkheid en eenduidigheid.

1.8 Onderzoeksmethode

Juridisch deel

Voor wat betreft het juridisch onderzoek is de klassieke onderzoeksmethode gevolgd, bestaande uit bestudering, analyse, systematisering en evaluatie van kamerstukken, wetteksten en jurisprudentie op zowel EG- als nationaal niveau, oordelen van de CGB, adviezen, beleidsdocumenten en voornemens en voorstellen van maatschappelijke organisaties.

Het rechtsvergelijkend onderzoek omvat de acht landen die samen met Nederland de EG-lidstaten vormden op het moment dat EG-richtlijn 76/207 geïmplementeerd diende te zijn. In alfabetische volgorde zijn dit de volgende landen: België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk. Informatie over de juridische situatie in deze landen op het onderzoeks-terrein is in eerste instantie verkregen uit onder verantwoordelijkheid van de Europese Commissie uitgegeven rapporten en verslagen die zijn opgesteld door gelijkebehandelingsexperts uit de betrokken landen. Deze experts vormen samen een EG-Netwerk; zij komen op gezette tijden bijeen. De relevante literatuur wordt in bijlage 1 gespecificeerd. Teneinde de beschikbare informatie te completeren, en na te gaan in hoeverre de situatie eventueel is gewijzigd, zijn daarnaast aan dezelfde experts door de onderzoekers vragenlijsten toegestuurd.

Aan de hand van alle gegevens is vervolgens systematisch nagegaan welke vorm de regelingen hebben, of er een ‘lijst’ bestaat van beroepen waarvoor het geslacht bepalend is, hoe deze uitzonderingen luiden, of, en zo ja welke veranderingen daarin in de loop der tijd zijn aangebracht, waarom dat is gebeurd, en wat voor het overige eventuele discussies zijn of zijn geweest.

Rechtssociologisch deel

Het rechtssociologisch onderzoek is gericht op de ervaringen en meningen van personen betrokken bij de selectie van personeel. De gedachte daarachter is dat eventuele geslachtsbepaaldheid van functies, beroepsactiviteiten of vacatures tot uitdrukking komt bij de werving en selectie van personeel. Er zijn in totaal 34 interviews gehouden met 18 arbeidsbemiddelaars werkzaam bij 17 uitzendbureaus of wervings- en selectiebureaus enerzijds en 17 personeelsfunctionarissen van organisaties op het terrein van zorg en welzijn anderzijds. Er is gekozen voor interviews met intercedenten van uitzendbureaus en arbeidsbemiddelaars van arbeidsvoorziening en van wervings- en selectiebureaus omdat deze functionarissen vanwege hun ervaring informatie kunnen geven over de voorkeuren van meer dan één arbeidsorganisatie (hun klanten), doorgaans binnen verschillende bedrijfssectoren. Naast interviews met arbeidsbemiddelaars is gekozen voor interviews met personeelsfunctionarissen bij zorg- en welzijnsinstellingen. Juist in deze sector lijken geslachtsbepaalde functies of beroepsactiviteiten of discussies daarover te verwachten. In het betrokken hoofdstuk en in bijlage 3 wordt nader ingegaan op de selectie van respondenten en de aard van de interviews.

1.9 Opzet onderzoeksverslag

Het onderzoeksverslag beslaat 8 hoofdstukken. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de regelgeving op Europees niveau, de achtergronden daarvan, de discussies erover en de standpunten ter zake van de Europese Commissie en het HvJEG. In hoofdstuk 3 is de ontwikkeling van de nationale wetgeving aan de orde. Nagegaan wordt wat voor het onderzoeksterrein de relevante discussies waren, waarom welke keuzes gemaakt zijn en wat de criteria zijn geweest voor de regelgeving zoals die nu luidt. In hoofdstuk 4 worden de uitzonderingen als zodanig aan een onderzoek onderworpen. Nagegaan wordt waarom juist voor de bewuste uitzonderingen is gekozen en wat haar betekenis is, zoals die is af te leiden uit de tekst, de wetsgeschiedenis van de WGB m/v, dan wel de nota van toelichting bij het besluit. In hoofdstuk 5 wordt verslag gedaan van de regelgeving in acht EG-lidstaten.

Na deze juridisch-theoretische uiteenzettingen volgt in hoofdstuk 6 het rechts-sociologisch onderzoek inzake de bekendheid met de wetgeving bij werkgevers en arbeidsbemiddelaars, hun opinies ten aanzien van beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, en hun handelen in de praktijk op dit punt. In hoofdstuk 7 komt een ander aspect van de praktijk aan de orde: de oordelen van de CGB. In hoofdstuk 8 worden de bevindingen van alle hoofdstukken bijeen genomen en con-

clusies getrokken ten aanzien van de vraag welke criteria kunnen worden gevonden voor de vraag of het gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen gerechtvaardigd is de huidige bepalingen met betrekking tot beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, te handhaven, uit te breiden dan wel in te krimpen.

2. Geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in EG-richtlijn 76/207

2.1 Inleiding

De uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten maakt sinds 1976 deel uit van het gemeenschapsrecht. Zij ligt vast in de artikelen 2 lid 2 en 9 lid 2 van EG-richtlijn 76/207. Artikel 2 lid 2 maakt een beroep op geslachtsbepaaldheid mogelijk als uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. Zowel voor als na totstandkoming van de richtlijn is meerdere keren de vraag aan de orde geweest welke ruimte deze regeling de lidstaten biedt of zou moeten bieden om beroepsactiviteiten als geslachtsbepaald aan te merken. Bij de totstandkoming van richtlijn 76/207 speelde deze kwestie een rol in het onderhandelingsproces over de inhoud van de richtlijn. Na inwerkingtreding van de richtlijn heeft de Europese Commissie diverse keren kenbaar gemaakt dat de lidstaten een te ruim gebruik maakten van de uitzondering van artikel 2 lid 2. Mede om deze reden begon de Commissie tegen een aantal lidstaten een inbreukprocedure. De aanmaningen en adviezen die de Commissie binnen deze procedure zond, waren in een aantal gevallen voor de betrokken lidstaat voldoende om de nationale wet- en regelgeving aan te passen. Tot drie keer toe was dat niet het geval, waarop de Commissie een procedure bij het HvJEG startte. Eén van de rechtsvragen in deze zaken betrof het bereik van artikel 2 lid 2 jo. 9 lid 2 van de richtlijn. In 1982 begon de Europese Commissie een gerechtelijke procedure tegen het Verenigd Koninkrijk, in 1983 tegen de Bondsrepubliek Duitsland en in 1986 tegen Frankrijk. Daarnaast heeft – eveneens tot drie keer toe – een nationale rechter het Hof om een oordeel gevraagd over de ruimte van de regeling. In deze prejudiciële procedures wees het Hof in 1986 arrest in de zaak *Johnston* en vele jaren later in de zaken *Sirdar* (1999) en *Kreil* (2000).

In dit hoofdstuk wordt artikel 2 lid 2 jo. artikel 9 lid 2 van EG-richtlijn 76/207 besproken. In paragraaf 2.2 wordt ingegaan op de strekking van deze bepalingen. Paragraaf 2.3 geeft een overzicht van de activiteiten van de Europese Commissie in verband met artikel 2 lid 2 van de richtlijn. In paragraaf 2.4 wordt de jurisprudentie van het HvJEG besproken. Een nadere beschouwing daarvan volgt in paragraaf 2.5. In paragraaf 2.6 wordt het voorstel tot wijziging van EG-richtlijn 76/207³⁴ aan de orde gesteld en de mogelijke betekenis daarvan voor artikel 2 lid 2. Met het oog op vragen rond samenloop van ras- en geslachtsbepaaldheid wordt in dat kader ook ingegaan op de ontwikkelingen rond de anti-discriminatie-richtlijnen op basis van

34 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG, door de Commissie ingediend, 7 juni 2000, COM (2000) 334 def.

artikel 13 EG-Verdrag (hierna de EG-ras-, en kaderrichtlijn).³⁵ Paragraaf 2.7 sluit af met een conclusie.

2.2 Inhoud en achtergrond van artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207

Artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 geeft de lidstaten de bevoegdheid om beroepsactiviteiten van de toepassing van het verbod van discriminatie op grond van geslacht uit te sluiten en in voorkomend geval tevens de hiervoor noodzakelijke opleidingen. Deze uitsluiting is alleen toegestaan als aan één van de volgende voorwaarden is voldaan:

- de beroepsactiviteiten zijn vanwege hun aard geslachtsbepaald;
- of
- de beroepsactiviteiten zijn geslachtsbepaald vanwege de voorwaarden voor de uitoefening ervan.

Op grond van artikel 9 lid 2 EG-richtlijn 76/207 zijn de lidstaten verplicht om op gezette tijden de uitgezonderde beroepsactiviteiten te onderzoeken. Blijkens de tekst van de bepaling is het doel hiervan om na te gaan of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de betreffende uitzonderingen te handhaven. Tevens moeten de lidstaten de Commissie in kennis stellen van het resultaat van hun onderzoek.

Artikel 2 EG-richtlijn 76/207 geeft een limitatieve opsomming van drie mogelijkheden om af te wijken van het discriminatieverbod op grond van geslacht in het arbeidsproces. De regeling van artikel 2 lid 2 is één van de drie uitzonderingen die de richtlijn toestaat (vgl. par. 1.5 over deze uitzonderingen).

Artikel 2 lid 2 spreekt over de mogelijkheid van uitsluiting van beroepsactiviteiten. In de juridische literatuur wordt de uitsluitingsmogelijkheid van deze bepaling vaak aangeduid als één van de drie ‘uitzonderingen’ of ‘exceptions’ op het discriminatieverbod die artikel 2 EG-richtlijn 76/207 toestaat. Deze uitzonderingen moeten strikt worden uitgelegd omdat de hoofdregel is dat mannen en vrouwen recht hebben op een gelijke behandeling.³⁶ In verband met artikel 2 lid 2 spreken zowel de Europese Commissie als het HvJEG wisselend over het ‘uitsluiten’, ‘uitsonderen’ en ‘afwijken’ van het beginsel van gelijke behandeling. Uit de context blijkt dat hiermee hetzelfde wordt bedoeld. De verschillende begrippen zijn een omschrijving van de mogelijkheid om nader gespecificeerde geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten bij wijze van uitzondering buiten het bereik van het beginsel van gelijke behandeling te laten.

35 Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180/22; Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

36 Bijvoorbeeld: Prechal 1988, p. 91-95; Prechal & Burrows 1990, p. 109-112; Ellis 1998, p. 232-240.

De Europese Commissie heeft zich van meet af aan op het standpunt gesteld dat artikel 2 lid 2 van de richtlijn een strikt en restrictief karakter heeft. Volgens de Commissie zou de juistheid van deze interpretatie voldoende duidelijk blijken uit de voorbereidende werkzaamheden voor de goedkeuring van de richtlijn. In de oorspronkelijke concept-richtlijn kwam namelijk helemaal geen bepaling voor die de mogelijkheid bood om geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten van de werkingssfeer.³⁷ De bepaling is pas in de definitieve tekst van de richtlijn terechtgekomen na onderhandelingen met de lidstaten over de inhoud van de richtlijn. Tijdens deze onderhandelingen zijn met name beroepen als ‘voedster’ en ‘sopraanzangeres’ genoemd om de noodzaak van artikel 2 lid 2 te motiveren.³⁸ De Commissie was ook van mening dat een andere dan een strikte en restrictieve interpretatie tot uitholling van de richtlijn zou leiden. Volgens de Commissie moest de volgende interpretatie als juist worden aanvaard:

“Artikel 2, lid 2 van de richtlijn machtigt de Lidstaten van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten sommige beroepsactiviteiten waarvan vanwege hun aard en de voorwaarden waaronder zij worden uitgeoefend *het geslacht een bepalende voorwaarde is*: deze laatste voorwaarde vormt de grondslag van het systeem van afwijkingen; zij betekent dat de afwijking alleen kan worden toegestaan wanneer zij nodig is omwille van objectieve redenen in verband met de aard van de arbeidsplaats, die alleen door *personen van een bepaald geslacht* kan worden vervuld”.³⁹

De Commissie heeft de manier waarop de lidstaten gebruik maakten van de mogelijkheid van artikel 2 lid 2 lange tijd kritisch gevolgd en getoetst aan de zojuist omschreven interpretatie.

Opgemerkt zij dat artikel 2 lid 2 alleen het woord ‘beroepsactiviteiten’ gebruikt. In veel documenten van de Commissie en ook in arresten van Hof wordt wisselend gesproken over de mogelijkheid om ‘beroepsactiviteiten’, ‘beroepen’, ‘functies’ en ‘werkzaamheden’ uit te sluiten. In dit hoofdstuk zijn de bewoordingen weergegeven die de Commissie en Hof feitelijk hebben gebruikt.

2.3 Toezicht op artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207

De Europese Commissie bracht in 1980 een zeer uitgebreid rapport uit over de naleving van EG-richtlijn 76/207 door de toenmalige negen lidstaten.⁴⁰ De rapportage betrof België, Bondsrepubliek Duitsland, Denemarken, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Het rapport geeft een over-

37 Vgl. Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, *PbEG* 1975, C 124/2 alsook Europese Commissie 1975.

38 Europese Commissie 1981, p. 39 en p. v.

39 Europese Commissie 1981, p. 39 en p. v.

40 Europese Commissie 1981.

zicht en een analyse van de voornaamste uitvoeringsmaatregelen van de afzonderlijke lidstaten. Het gaat zowel om maatregelen die getroffen zijn ná het inwerking-treden van de richtlijn als om maatregelen die daarvoor al van kracht waren.

Over de toepassing van artikel 2 in het algemeen stelde de Commissie vast dat de lidstaten een ruim gebruik maakten van de mogelijkheden van de leden 2 en 3 om de verwezenlijking van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen te beperken. Van de mogelijkheid om de verwezenlijking van gelijke behandeling te versnellen werd daarentegen in veel mindere mate gebruik gemaakt.⁴¹

Het rapport bevat onder andere een overzicht van de uitgesloten beroepsactiviteiten in de lidstaten.⁴² Het gaat niet alleen om beroepsactiviteiten die op dat moment omschreven waren in een juridische regeling. Ook concrete toepassingen in de praktijk of in de rechtspraak werden opgenomen, evenals bestaande uitzonderingen die de Commissie op de een of andere manier ter kennis waren gekomen. Voor wat Nederland betreft zijn in het overzicht bijvoorbeeld functies en beroepen opgenomen die tijdens de parlementaire behandeling van de WGB(oud) als voorbeeld van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten zijn genoemd.

De uitsluiting van beroepsactiviteiten wegens geslachtsbepaaldheid in juridische regelingen vond zowel plaats in wet- en regelgeving ter uitvoering van EG-richtlijn 76/207 als in reeds langer bestaande wet- en regelgeving. Uit het rapport blijkt dat de lidstaten voor verschillende oplossingen hadden gekozen bij het treffen van een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten ter uitvoering van EG-richtlijn 76/207. De *vorm* van de regeling verschilde in de lidstaten.⁴³ Vier van de toenmalige lidstaten hadden de uitgesloten beroepsactiviteiten in een wet of besluit omschreven (België, Denemarken, Ierland, Verenigd Koninkrijk). In België bestond bijvoorbeeld sinds 1979 een Koninklijk Besluit met een lijst van uitgesloten beroepsactiviteiten. In drie lidstaten werd de uitsluiting van activiteiten toegestaan op basis van een – volgens de Commissie – moeilijk controleerbare algemene bepaling (Frankrijk, Bondsrepubliek Duitsland, Nederland). Italië kende weinig in wet- of regelgeving omschreven uitsluitingen. In Luxemburg was op dat moment nog geen implementatiewetgeving tot stand gebracht.

Uit het rapport blijkt dat er sprake was van een grote verscheidenheid van beroepen en beroepsactiviteiten die als geslachtsbepaald werden aangemerkt. Tevens kwam naar voren dat over het geheel genomen vrouwen beduidend vaker werden uitgesloten dan mannen en dat uit de aangevoerde gronden kon worden afgeleid dat seksestereotype opvattingen een duidelijke rol speelden. Het beroep van acteur/actrice werd in de meeste lidstaten als geslachtsbepaald aangemerkt. Bij dit beroep en ook bij beroepen als zanger/zangeres, mannequin en fotomodel hing het van de concrete situatie af of het een functie voor een man of een vrouw was. Dat gold ook voor verzorgende en dienstverlenende beroepen in de jeugdbescherming, het onderwijs en psychiatrische inrichtingen. Leger, politie en brandweer waren in een aantal lidstaten niet of beperkt toegankelijk voor vrouwen. De toegang tot het leger

41 Europese Commissie 1981, p. iv.

42 Europese Commissie 1981, p. 60-61.

43 Europese Commissie 1981, p. 59.

werd bijvoorbeeld zeer beperkt door vrouwen niet toe te laten tot gevechtsfuncties. De geestelijkheid stond in de lidstaten niet open voor vrouwen. Het beroep van verloskundige was daarentegen in enkele lidstaten niet of beperkt toegankelijk voor mannen. De feitelijke en/of juridische uitsluiting van beroepen en functies verschilde per lidstaat. In hoofdstuk 5 komt de stand van zaken in de lidstaten uitvoeriger aan de orde.

De gegevens waren voor de Europese Commissie aanleiding om lange tijd scherp toezicht uit te oefenen op de lidstaten. De Commissie zag ook aanleiding om de in 1980 bijeen gebrachte gegevens door een onafhankelijk deskundige nader te laten onderzoeken met het doel een communautaire gedragslijn te kunnen uitstippelen.⁴⁴ In dat vervolgonderzoek zijn de redenen van de lidstaten om bepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten aan een analyse onderworpen.⁴⁵

De Commissie concludeerde in 1980 dat het zonder meer duidelijk was dat diverse lidstaten in strijd met artikel 2 lid 2 handelden. Er werden ten onrechte bepaalde activiteiten uitgezonderd. Als voorbeelden werden genoemd: het uitzonderen van kleine ondernemingen, technisch personeel van de PTT, douane-expeditieuren, verloskundigen, serveersters in cafés. Deze kritiek betrof de *inhoud* van de door lidstaten aangelegde lijsten van uitgezonderde beroepsactiviteiten. Daarnaast wees de Commissie de methode van Nederland, Frankrijk en de Bondsrepubliek Duitsland om een algemene bepaling in de wet op te nemen die het uitzonderen van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten toestond, van de hand. Volgens de Commissie ging de richtlijn uit van een duidelijke en limitatieve opsomming van uitgezonderde activiteiten. Dit zou voortvloeien uit artikel 9 lid 2 omdat deze bepaling de lidstaten verplicht de uitgezonderde beroepsactiviteiten op gezette tijden te onderzoeken met het doel om na te gaan of het handhaven van de uitzondering nog gerechtvaardigd is. Uit de verplichting om de Commissie van de resultaten van dit onderzoek op de hoogte te stellen, zou ook volgen dat een duidelijke en limitatieve opsomming noodzakelijk zou zijn.⁴⁶ De kritiek van de Commissie betrof dus zowel de inhoud als de vorm van de door de lidstaten getroffen regelingen.

Door de jaren heen bleef de Commissie van oordeel dat lidstaten in strijd met de richtlijn handelden, omdat:

- uitgesloten beroepen en beroepsactiviteiten niet verenigbaar waren met een strikte interpretatie van artikel 2 lid 2; deze uitleg zou betekenen dat betrekkingen “om objectieve redenen in verband met de aard van de functies” slechts “door personen van een bepaald geslacht” kunnen worden vervuld; volgens de Commissie vonden dergelijke uitsluitingen voornamelijk plaats in de overheidssector;
- te algemene bepalingen in wettelijke regelingen voorkwamen, terwijl de richtlijn nauwkeurige lijsten van uitgesloten activiteiten eist die herzien kunnen worden.⁴⁷

44 Europese Commissie 1981, p. 99, p. vi.

45 Halpern 1982.

46 Vgl. voor de verschillende conclusies, Europese Commissie 1981, p. iv-vi.

47 Remuet-Alexandrou & Gonzalez 1987, p. 32.

Teneinde richtlijnconformiteit te bewerkstelligen startte de Commissie diverse inbreukprocedures die onder andere betrekking hadden op de regeling van uitgesloten geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Lidstaten kregen aanmaningen op dit punt, die zonodig werden gevolgd met een reden omkleed advies.⁴⁸ Het gevolg was dat wet- en regelgeving meerdere malen werd aangepast op de manier die de Commissie voorstond. De Commissie zag zich een aantal keren genoodzaakt om beroep in te stellen bij het Hof van Justitie.

Het HvJEG heeft in 1983, 1985 en 1988 arresten gewezen in het kader van inbreukprocedures waarin de uitleg van de artikelen 2 lid 2 en 9 lid 2 van de richtlijn een rol speelde. Het betrof procedures tegen respectievelijk het Verenigd Koninkrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk. De vrij stellig vertolkte opvattingen van de Commissie over de juiste interpretatie van de artikelen 2 lid 2 en 9 lid 2, zijn in deze procedures ter discussie gesteld door de betrokken lidstaten. Zoals uit de bespreking in de volgende paragraaf zal blijken, heeft het Hof de zojuist weergegeven uitleg door de Commissie genuanceerd. In latere jaren heeft de Commissie zelf geen procedures meer bij het Hof gestart waarin een regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in het geding was.

2.4 Jurisprudentie van het HvJEG

De betekenis van de artikelen 2 lid 2 jo. 9 lid 2 van de richtlijn is in zes arresten van het HvJEG aan de orde geweest. Het Hof oordeelde in de drie zojuist vermelde inbreukprocedures alsook in drie prejudiciële procedures, namelijk in de zaak *Johnston* (1986) en vele jaren later in de zaken *Sirdar* (1999) en *Kreil* (2000). De arresten worden hier in chronologische volgorde besproken. De bespreking van de inhoud en achtergronden van ieder arrest wordt afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste regels die het Hof in het betrokken arrest heeft geformuleerd. Het is de opzet om in deze paragraaf de problematiek die in de verschillende arresten speelde en de verschillende argumenten die in deze procedures naar voren zijn gebracht, helder uiteen te zetten. Commentaar op de arresten komt pas in de volgende paragraaf aan de orde, omdat daar de belangrijkste regels van het Hof nader worden bekeken.

2.4.1 *Commissie/Verenigd Koninkrijk*⁴⁹ (1983)

Feiten, rechtsgeschiedenis, argumenten

In het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (hierna: Verenigd Koninkrijk) golden twee vrijwel identieke wettelijke regelingen ter uitvoering van EG-richtlijn 76/207. In Groot-Brittannië was de Sex Discrimination Act van

48 Zie voor een overzicht van inbreukprocedures in verband met de naleving van EG-Richtlijn 76/207 tot en met oktober 1986: Remuet-Alexandrou & Gonzalez 1987, p. 63-66.

49 HvJEG 8 november 1983 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), *Jur.* 1983, p. 3431.

1975 van toepassing en in Noord-Ierland de Sex Discrimination Order van 1976. De Commissie was van mening dat deze wetgeving in meerdere opzichten niet in overeenstemming was met de richtlijn en begon een inbreukprocedure. Het Verenigd Koninkrijk was het niet met de Commissie eens en wilde de wetgeving niet wijzigen. De Commissie stelde daarom beroep in bij het Hof. Een belangrijk geschilpunt betrof de uitsluiting van een aantal beroepsactiviteiten van de toepassing van het discriminatieverbod door het Verenigd Koninkrijk. De regeling van de in Groot-Brittannië geldende Sex Discrimination Act stond ter beoordeling. Aan het Hof werd de vraag voorgelegd in hoeverre het Verenigd Koninkrijk bevoegd was om *dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens en in ondernemingen met minder dan vijf werknemers* volledig uit te zonderen van het discriminatieverbod. Tevens speelde de vraag naar de bevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk om het *beroep van verloskundige* minder toegankelijk te doen zijn voor mannen door hen alleen in bepaalde plaatsen het beroep van verloskundige uit te laten oefenen en de opleiding voor hen in een beperkt aantal plaatsen mogelijk te maken.

Het Verenigd Koninkrijk zonderde *dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens* uit met het argument dat bij deze werkzaamheden de contacten tussen werknemer en werkgever vaak zeer direct en persoonlijk zijn, omdat de werknemer vaak deel uitmaakt van het huishouden. Alle functies waarbij een werknemer rechtstreeks voor het gezin werkte, werden tot de bedoelde dienstbetrekkingen gerekend. Het ging om gezelschapsdames, dienstmeisjes, koks en tuinmannen. De chauffeur die niet echt voor het gezin werkte maar direct voor de onderneming van de werkgever, viel niet onder de uitzondering.

De uitzondering van *kleine ondernemingen* rechtvaardigde het Verenigd Koninkrijk ook met de vaak persoonlijke en directe contacten die daar zouden kunnen bestaan. Als voorbeeld werd genoemd de wat oudere vrouwen die een kleine winkel bezitten of beheren en die liever met bedienden van het eigen geslacht werken.

Volgens de Commissie waren deze beide uitzonderingen onduidelijk omschreven, te algemeen en niet overeenkomstig de strikte uitleg van artikel 2 lid 2 van de richtlijn. Het Verenigd Koninkrijk meende dat deze uitzonderingen wel onder het bereik van artikel 2 lid 2 vielen, omdat dit artikel twee onderscheiden en onderling onafhankelijke uitsluitingsgronden noemt: de aard van de activiteiten en de voorwaarden voor de uitoefening ervan. De tweede uitsluitingsgrond zou hier aan de orde zijn. Volgens het Verenigd Koninkrijk had de Commissie alleen oog voor de eerste uitsluitingsgrond en zouden alleen die werkzaamheden die werkelijk niet door iemand van het andere geslacht kunnen worden verricht tot het bereik van artikel 2 lid 2 worden gerekend.

A-G Rozès achtte de twee uitzonderingen niet in overeenstemming met een strikte uitleg van artikel 2 lid 2 en voerde aan dat het Verenigd Koninkrijk niet had aangetoond dat alle beroepsactiviteiten die onder de afwijkende bepalingen vielen, directe persoonlijke contacten meebrachten, terwijl de uitzonderingen hiermee werden gerechtvaardigd. De A-G was voorts van mening dat de begrippen ‘huishoudelijke betrekkingen’ en ‘betrekkingen in ondernemingen met ten hoogste vijf werknemers’ te ruim en te algemeen waren en daarom niet overeenkwamen met het begrip ‘beroepsactiviteiten’ waarover artikel 2 lid 2 spreekt.

De geringe toegankelijkheid van het beroep van *verloskundige* voor mannen rechtvaardigde het Verenigd Koninkrijk met een beroep op zowel de aard van het beroep als op de omstandigheden waaronder het werd uitgeoefend. De Commissie zag geen wezenlijk verschil tussen de werkzaamheden van een verloskundige en van een gynaecoloog. Het Verenigd Koninkrijk voerde aan dat een verloskundige vaker en voor langere tijd alleen bij de patiënt is en dat de verzorging vaak gedurende ten minste tien dagen bij de patiënt thuis plaatsvindt. Anders dan bij de werkzaamheden van gynaecologen was er dus sprake van meer persoonlijke contact zonder een vorm van toezicht van anderen. De idee van mannelijke verloskundigen zou geleidelijk ingang moeten kunnen vinden, rekening houdend met de gevoeligheden en opvattingen van de mensen met een andere culturele achtergrond, die in het Verenigd Koninkrijk wonen. Op basis van onderzoek concludeerde het Verenigd Koninkrijk dat op termijn het beroep van verloskundige kon worden opgesteld voor mannen onder voorwaarde dat een vrouw alle vrijheid heeft om een verloskundige van het gewenste geslacht te kiezen en onder voorwaarde dat vrouwen recht op passend toezicht moeten hebben bij de zorg door een mannelijke verloskundige. Zowel A-G Rozès als de Commissie waren van mening dat er binnen het Verenigd Koninkrijk voldoende voorwaarden waren om het recht op vrije keuze van vrouwen te garanderen. Het specifieke karakter van de omstandigheden waaronder het beroep van verloskundige in het Verenigd Koninkrijk wordt uitgeoefend – in de zin van artikel 2 lid 2 van de richtlijn – zou niet van dien aard zijn dat het de discriminatie van mannen kan rechtvaardigen. Het beroep van verloskundige zou niet onder de uitsluiting van artikel 2 lid 2 van de richtlijn vallen en artikel 9 lid 2 zou in dit geval niet relevant zijn.

Oordeel Hof

Het Hof overwoog dat met de uitsluiting van dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens werd beoogd een evenwicht te brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het al even fundamentele beginsel van bescherming van het privéleven. Een dergelijk evenwicht is één van de factoren die in aanmerking moet worden genomen bij het afbakenen van de strekking van de in artikel 2 lid 2 van de richtlijn neergelegde uitzondering. Voor bepaalde soorten dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens zou deze overweging beslissend kunnen zijn, maar zij gaat zeker niet in alle gevallen op.

Naar het oordeel van het Hof had het Verenigd Koninkrijk voor de kleine ondernemingen met minder dan vijf werknemers geen enkel argument aangevoerd waaruit zou blijken dat in alle bedrijven van die omvang het geslacht van de werknemer een bepalende factor is.

Vanwege de algemene strekking van de twee uitzonderingen werden zij niet in overeenstemming met artikel 2 lid 2 van de richtlijn geacht.

De beperkte mogelijkheid voor mannen om het beroep van verloskundige uit te oefenen achtte het Hof onder de gegeven omstandigheden niet in strijd met de bevoegdheid die de artikelen 2 lid 2 en 9 lid 2 aan de lidstaten toekennen. De doorslaggevende factor was dat gevoelsoverwegingen ten tijde van het wijzen van het arrest (1983) nog een belangrijke rol konden spelen in de betrekkingen tussen ver-

loskundige en patiënte. Het Hof betrok uitdrukkelijk in de overweging de verplichting van artikel 9 lid 2 om op gezette tijden na te gaan of het handhaven van de betreffende uitzondering nog gerechtvaardigd is.

Samenvatting regels Hof

- uitzonderingen met een algemene strekking, zoals dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens en in kleine ondernemingen, zijn niet in overeenstemming met artikel 2 lid 2;
- het bewerkstelligen van een evenwicht tussen het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van bescherming van het privé-leven zijn relevante factoren bij de afbakening van de strekking van artikel 2 lid 2;
- gevoelsoverwegingen in de betrekking tussen verloskundige en patiënt kunnen anno 1983 een factor zijn om het beroep van verloskundige uit te zonderen;
- artikel 9 lid 2 brengt mee dat op gezette tijden moet worden nagegaan of de sociale ontwikkeling de handhaving van deze uitzondering nog langer rechtvaardigt.

2.4.2 Commissie/BRD⁵⁰ (1985)

Feiten, rechtsgeschiedenis, argumenten

In de BRD was in 1980 een aantal bepalingen betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de arbeidsplaats in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Deze wettelijke regeling bevatte een bepaling die een verschil in behandeling op grond van geslacht toestond wanneer het geslacht een bepalende factor is voor een bepaalde beroepswerkzaamheid. De bepaling luidde:

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Massnahme die Art der vom Arbeitnehmer ausübende Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist.

De Commissie had tal van bezwaren tegen de manier waarop de BRD dacht te kunnen voldoen aan de verplichtingen van richtlijn 76/207. De Commissie was van mening dat de BRD niet kon volstaan met een dergelijke algemene bepaling omdat daarmee de werkingssfeer niet behoorlijk zou zijn omschreven. Artikel 2 lid 2 van de richtlijn zou meebrengen dat de lidstaten de beroepswerkzaamheden waarvoor het beginsel van gelijke behandeling niet geldt, nauwkeurig moeten omschrijven. De lidstaten zouden lijsten van deze werkzaamheden moeten opstellen zodat de Commissie de controletaak van artikel 9 lid 2 kan vervullen.

Volgens de BRD voldeed de bepaling wel omdat de richtlijn alleen de zekerheid zou verlangen dat het geslacht voor de betrokken werkzaamheden inderdaad een *conditio sine qua non* is. Het zou niet ter zake doen dat andere lidstaten wel lijsten hebben opgesteld omdat aan de nationale instanties de keuze van de midde-

50 HvJEG 21 mei 1985 (*Commissie/BRD*), *Jur.* 1985, p. 1459.

len ter uitvoering van richtlijn is gelaten. Voor een periodieke herziening van de uitgesloten werkzaamheden zou een lijst ook niet nodig zijn omdat de wetten die voorzien in uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling, één voor één konden worden doorgenomen.

A-G Mancini ondersteunde de opvatting van de Commissie. Volgens de A-G was het opstellen van een gedetailleerde lijst een noodzaak om te voorkomen dat het discriminatieverbod wordt ontdoken door een oncontroleerbare bevoegdheid tot vaststelling van uitzonderingsbepalingen. Alleen op die manier zou te verklaren zijn dat in artikel 9 lid 2 een periodieke herziening is voorgeschreven voor de bewuste werkzaamheden

Oordeel Hof

Het Hof oordeelde anders. Het Hof stelde voorop dat artikel 2 lid 2 de lidstaten geen verplichting oplegt maar de bevoegdheid geeft bepaalde beroepsactiviteiten van de toepassing van de richtlijn uit te sluiten. Doel of gevolg van deze bepaling zou niet zijn om lidstaten die deze bevoegdheid gebruiken, te verplichten de uitzonderingsregelingen in een bepaalde vorm te gieten. Vooral niet omdat uit rechtsvergelijkend onderzoek van de Commissie was gebleken dat voor de uitzonderingen binnen de lidstaten zeer verschillende gronden bestaan en dat zij nauw verband houden met regelingen die voor bepaalde beroepen of werkzaamheden gelden. Het Hof betrok ook in de beschouwing dat uit het verzoekschrift van de Commissie niet duidelijk werd of de Commissie eiste dat de uitzonderingen bij wet zouden worden vastgelegd dan wel dat kon worden volstaan met het opstellen van een lijst of catalogus van uitzonderingen.

Over de verplichtingen voor de lidstaten op grond van artikel 9 lid 2 overwoog het Hof als volgt. Het Hof stelde vast dat het artikel in een controle in twee fasen voorziet. De eerste fase is een periodiek onderzoek van de lidstaten zelf. De tweede fase is een controle van de Commissie op basis van de meegedeelde resultaten van dit onderzoek. Doel van deze dubbele controle is om de bestaande uitzonderingen geleidelijk op te heffen voor zover deze niet langer gerechtvaardigd lijken op grond van de criteria van artikel 2 lid 2, eventueel gelezen in samenhang met artikel 2 lid 3.

Het Hof oordeelde vervolgens dat de artikelen 2 lid 2 en 9 lid 2 het in de eerste plaats aan de lidstaten overlaten om beroepen en werkzaamheden die van de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling zijn uitgesloten, in een of andere vorm volledig en controleerbaar te inventariseren en het resultaat aan de Commissie mee te delen. De Commissie heeft van haar kant het recht en de plicht de nodige maatregelen te nemen om de toepassing van artikel 9 lid 2 te controleren.

Het Hof was van oordeel dat een lidstaat in ieder geval de noodzakelijke maatregelen moet treffen om een minimum aan klaarheid te scheppen zodat het voor de Commissie mogelijk is een effectief toezicht uit te oefenen. De BRD had in dat opzicht gefaald.

Samenvatting regels Hof

- lidstaten bepalen zelf de vorm van een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten omdat artikel 2 lid 2 de bevoegdheid geeft tot het treffen van een regeling en geen verplichting oplegt;
- lidstaten die gebruik maken van de bevoegdheid van artikel 2 lid 2, moeten in-gevolge artikel 9 lid 2 de uitzonderingen volledig en controleerbaar inventari-seren en periodiek controleren;
- artikel 9 lid 2 brengt mee dat de lidstaten het resultaat van deze inventarisatie aan de Commissie mededelen zodat de Commissie een effectief toezicht kan uitoefenen.

2.4.3 Johnston⁵¹ (1986)

Feiten, rechtsgeschiedenis, argumenten

De zaak *Johnston* betrof de weigering van het hoofd van de Noord-Ierse politie om het arbeidscontract te verlengen van Johnston, een vrouwelijke hulpagente van de Noord-Ierse politie en tevens de weigering om haar een opleiding in het hanteren en het gebruik van vuurwapens te laten volgen.

De besluitvorming vond plaats tegen de volgende achtergrond. In afwijking van de algemene regel in het Verenigd Koninkrijk om politieagenten geen vuurwapens te laten dragen, werd voor Noord-Ierland besloten om mannelijke agenten tijdens de normale dienst wel wapens te laten dragen omdat een groot aantal politie-agenten bij aanslagen om het leven was gekomen. Vrouwelijke agenten werden niet met wapens uitgerust en kregen ook geen opleiding in het hanteren en gebruik van wapens. De weigering om vrouwelijke agenten vuurwapens te laten dragen kwam voort uit de gedachte dat vrouwen dan gemakkelijker het doelwit zouden zijn van aanslagen en dat hun aanvallers zich van hun wapens meester zouden kunnen maken. Gewapende vrouwelijke agenten zouden ook minder effectief zijn op bepaalde gebieden waarvoor vrouwen het meest geschikt zijn, zoals met name het verlenen van bijstand op maatschappelijke vlak. Voor het grote publiek zouden be-wapende vrouwelijke agenten een nog grotere afwijking zijn van het ideaal van een ongewapende politie dan het geval is bij bewapende mannelijke agenten.

Op een gegeven moment besloot het hoofd van de Noord-Ierse politie de con-tracten van vrouwelijke agenten alleen te verlengen als de te verrichten taken uit-sluitend door een vrouw konden worden verricht. De reden voor dit besluit was het gegeven dat er voldoende vrouwen in dienst waren om de bijzondere taken te ver-richten waarmee vooral het vrouwelijke personeel werd belast. Voor de algemene politiediensten moesten vaak vuurwapens worden gedragen en daarvoor kwamen alleen mannen in aanmerking. Johnston was één van de vrouwen die door dit beleid werd gedupeerd omdat haar arbeidscontract niet werd verlengd.

Johnston was van mening dat er sprake was van ongeoorloofde seksdiscrimi-natie en startte een gerechtelijke procedure. De nationale rechter legde het Hof een

51 HvJEG 15 mei 1986 (*Johnston*), *Jur.* 1986, p. 1651.

aantal prejudiciële vragen voor. Voor het onderhavige onderzoek zijn de eerste drie van deze vragen met name van belang.

De *eerste* vraag luidde of een lidstaat handelingen mag uitsluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 76/207 ter waarborging van de nationale veiligheid dan wel ter bescherming van de openbare veiligheid of de openbare orde. De *tweede* vraag was of in de gegeven onveilige omstandigheden de voltijdse betrekking als gewapend lid van een korps reservepolitie, of de opleiding in het hanteren en het gebruik van vuurwapens voor een dergelijke betrekking, te beschouwen is als een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit in de zin van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207. De *derde* vraag betrof de vraag naar de beginselen en criteria aan de hand waarvan een lidstaat kan bepalen of de genoemde beroepsactiviteit en de hiervoor noodzakelijke opleiding geslachtsbepaald is in de zin van artikel 2 lid 2.

A-G Darmon, de Commissie en mevrouw Johnston waren unaniem van mening dat de *eerste* vraag ontkennend moest worden beantwoord. Met betrekking tot de *tweede* vraag waren zowel de A-G als de Commissie van mening dat de omstandigheden van Noord-Ierland zo uitzonderlijk waren dat in verband met de openbare orde de bewuste functie en de noodzakelijke opleiding als geslachtsbepaald kon worden beschouwd. De Commissie benadrukte dat niet de aard van de functie dit meebracht maar dat het hier ging om *de voorwaarden waaronder* de functie moest worden uitgeoefend. In verband met de *derde* vraag overwoog de A-G dat de nationale rechter de bestreden maatregel moest toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Dit zou betekenen dat onderzocht moet worden of het beoogde doel ook met een andere maatregel kon worden bereikt, waarbij de vrouwen niet de toegang tot de functie werd ontzegd. De Commissie opperde dat het evenredigheidsbeginsel kan meebrengen dat Johnston speciale taken zouden worden opgedragen die ongewapend kunnen worden verricht.

Tijdens de procedure bij het Hof benadrukte Johnston dat artikel 2 lid 2 eng moet worden uitgelegd en dat alleen bepaalde beroepsactiviteiten kunnen worden uitgesloten op basis van objectieve gronden. De Britse regering voerde aan dat de lidstaten wel de bevoegdheid zouden hebben om handelingen uit te sluiten van de toepassing van richtlijn 76/207. Voorts zouden de lidstaten over een discretionaire bevoegdheid beschikken om met het oog op de nationale veiligheid, openbare veiligheid of openbare orde, activiteiten als geslachtsbepaald aan te merken.

Oordeel Hof

Met betrekking tot de *eerste* vraag overwoog het Hof dat er ter zake van de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling geen algemeen voorbehoud geldt voor maatregelen die een lidstaat neemt om de openbare veiligheid te beschermen. Discriminaties op grond van geslacht die plaatsvinden om redenen die ontleend zijn aan de openbare veiligheid, moeten daarom getoetst worden aan de uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling die EG-richtlijn 76/207 toestaat.

De *tweede* en *derde* vraag besprak het Hof tezamen. Het Hof stelde allereerst vast dat de aard van het politiewerk geen rechtvaardiging kan opleveren voor de omstreden discriminatie. Het Hof gebruikte hiervoor als argument dat de Sex Discrimination Order van toepassing is op betrekkingen bij de politie en dat de desbe-

treffende bepalingen geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen. De bijzondere voorwaarden voor de uitoefening van de bewuste beroepsactiviteit zouden deze mogelijk wel geslachtsbepaald kunnen maken.

Vervolgens stelde het Hof voorop dat artikel 2 lid 2 een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht en daarom strikt moet worden uitgelegd. In een situatie die wordt gekenmerkt door ernstige binnenlandse onlusten, kan het dragen van vuurwapens door vrouwelijke agenten voor hen een extra risico van moordaanslagen meebrengen. Dit kan in strijd zijn met de eisen van de openbare veiligheid.

Het Hof oordeelde vervolgens dat in dergelijke omstandigheden de *voorwaarden voor* de uitoefening van politiewerkzaamheden zodanig kunnen zijn dat het geslacht daarvoor een bepalende factor is. In dat geval mag een lidstaat de algemene politietaken voorbehouden aan met vuurwapens uitgeruste mannen en ook de daarvoor noodzakelijke beroepsopleiding.

Het beleid van Noord-Ierland waar Johnston door getroffen werd, viel volgens het Hof in beginsel onder het bereik van artikel 2 lid 2. De bijzondere omstandigheden van Noord-Ierland met ernstige binnenlandse onlusten waarbij tal van agenten het doelwit van aanslagen waren, gaven de doorslag bij de beslissing. Volgens het Hof mag een lidstaat in die situatie de eisen van de bescherming van de openbare veiligheid in aanmerking nemen bij de beoordeling of wegens de voorwaarden voor de uitoefening van de politiewerkzaamheden het geslacht een daarvoor bepalende factor is. Daarbij is de lidstaat wel verplicht om – overeenkomstig artikel 9 lid 2 – op gezette tijden na te gaan of het gevoerde beleid gezien de sociale ontwikkeling nog gerechtvaardigd is.

Aansluitend overwoog het Hof dat als er reden is om van het individuele recht op gelijke behandeling af te wijken, het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen bij de vaststelling van de draagwijdte van een beperking van dit individuele recht.

“Op grond van dit beginsel mogen afwijkingen niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, en moet zoveel mogelijk een evenwicht tot stand worden gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van openbare veiligheid die beslissend zijn voor de voorwaarden van de uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit” (r.o. 38).

Het Hof gaf de nationale rechter de opdracht om na te gaan of de redenen voor het Noord-Ierse beleid feitelijk gegrond waren en of deze de maatregel jegens Johnston rechtvaardigden. De rechter diende zich ervan verzekeren dat het evenredigheidsbeginsel was geëerbiedigd en moest daarom nagaan of de aangebrachte beperkingen niet verder gingen dan passend en noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Het Hof gaf de rechter expliciet de opdracht om te onderzoeken of de weigering om Johnstons contract te verlengen zou kunnen worden vermeden door vrouwen te belasten met taken die zonder risico voor de nagestreefde doelstellingen zonder vuurwapens kunnen worden verricht.

Samenvatting regels Hof

- maatregelen van lidstaten ter bescherming van de openbare veiligheid vallen niet buiten het bereik van richtlijn 76/207;
- artikel 2 lid 2 behelst een afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling en moet daarom strikt worden uitgelegd;
- in een situatie van bijzonder ernstige binnenlandse onlusten mag een lidstaat de eisen van de bescherming van de openbare veiligheid in aanmerking nemen bij de beoordeling of *wegens de voorwaarden voor de uitoefening van de politiewerkzaamheden* het geslacht een daarvoor bepalende factor is;
- als er een reden is om van het individuele recht op gelijke behandeling af te wijken moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen;
- eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel betekent dat:
 1. afwijkingen niet verder mogen gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel;
 2. er zoveel mogelijk een evenwicht tot stand moet worden gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van openbare veiligheid die beslissend zijn voor de voorwaarden van de uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit;
- de nationale rechter moet in het kader van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel ook nagaan of het treffen van de discriminatoire maatregel kan worden vermeden.

2.4.4 Commissie/Frankrijk⁵² (1988)

Feiten, rechtsgeschil, argumenten

In Frankrijk gold in de publieke sector een bepaald systeem voor de werving van ambtenaren. Een geslaagde deelname aan een vergelijkend examen was een voorwaarde om ambtenaar te kunnen worden. In het algemeen werd men niet voor een bepaald ambt geworven maar voor een bepaalde functiegroep. De vergelijkende examens werden daarom voor bepaalde functiegroepen gehouden. Het slagen voor het examen was voorwaarde om toegang te kunnen krijgen tot de ambten binnen de functiegroep. In veel gevallen werd bij de werving geen onderscheid naar geslacht gemaakt. Sinds 1982 gold echter een wet die de gescheiden werving van mannen en vrouwen mogelijk maakte voor beroepen en functiegroepen waarvoor het geslacht een bepalende factor is. Deze gescheiden werving was mogelijk voor een aantal beroepen en functiegroepen die in een lijst waren opgenomen. De Commissie vond deze lijst veel te uitgebreid en niet in overeenstemming met artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207. Duidelijkheidshalve valt op te merken dat de vigerende lijst niet was opgesteld ter naleving van de voorschriften van de richtlijn maar dat de lijst wel de toets aan artikel 2 lid 2 moest kunnen doorstaan. In de administratieve fase van de inbreukprocedure die bestond uit aanmaningen en het zenden van een met redenen omkleed advies door de Commissie, schrapte Frankrijk een aantal beroepen van de lijst. Het ging om drie functiegroepen bij de douane (*controleurs*,

52 HvJEG 30 juni 1988 (*Commissie/Frankrijk*), *Jur.* 1988, p. 3559.

agents de constatation en préposés). In de loop van de procedure bij het Hof werden onderwijzers van de lijst afgevoerd en kondigde Frankrijk tevens aan dat op korte termijn leraren en hulpleraren lichamelijke opvoeding en sport van de lijst zouden worden gehaald, alsook het leidinggevend, technisch en opleidingspersoneel bij de buitendienst van het gevangeniswezen. Uiteindelijk bleven in de procedure twee categorieën personeel over waarover de Commissie en Frankrijk het oneens bleven. Het betrof:

1. de doorwerking van het gescheiden wervingssysteem op de toegang tot een bepaalde functie voor gevangenispersoneel, de functie van chef de Maison d'Arrêt;
2. de gescheiden werving voor vijf functiegroepen bij de nationale politie.

ad 1: doorwerking gescheiden werving op de functie van chef de Maison d'Arrêt

Een chef de Maison d'Arrêt is het hoofd van een huis van bewaring. Deze functie kwam voor in de functiegroep bewakingspersoneel. Voor deze functie konden hoofdsurveillanten met een bepaald aantal ervaringsjaren in aanmerking komen. Bewakingstaken maakten geen deel uit van deze functie. Een chef de Maison d'Arrêt droeg de verantwoordelijkheid voor het functioneren van de hele inrichting.

De functiegroep bewakingspersoneel kwam voor op de lijst van functiegroepen waarvoor een gescheiden werving kon plaatsvinden. De Commissie had geen probleem met de gescheiden werving van het gevangenispersoneel omdat voor bewaking van gevangenen het geslacht bepalend kon worden geacht. Het bijzondere karakter van het beroep van bewaker en de omstandigheden waaronder bewakers hun functie uitoefenen zouden volgens de Commissie grond opleveren om in manengevangnissen vooral mannen aan te stellen en in vrouwengevangnissen vooral vrouwen. De Commissie vond het enkel rekruteren voor de functie van chef de Maison d'Arrêt uit het separaat geworven bewakingspersoneel wel discriminerend. Deze functie was volgens de Commissie vanwege het ontbreken van bewakingstaken geen geslachtsbepaalde functie. A-G Sir Gordon Slynn was het eens met deze redenering van de Commissie. Volgens de Franse regering was de werving wel in overeenstemming met artikel 2 lid 2 omdat de bewuste functie deel uitmaakte van de functiegroep bewakingspersoneel en het onomstreden was dat het geslacht een bepalende factor was voor deze functiegroep.

ad 2: gescheiden werving voor vijf functiegroepen bij de nationale politie

Het betrof de volgende vijf functiegroepen: *commissaires de polices*, *commandants* en *officiers de paix*, *inspecteurs*, *enquêteurs gradés* en *gardiens de paix*. De gescheiden werving van mannen en vrouwen voor deze functiegroepen verliep op de volgende manier. Dit gebeurde niet door middel van aparte vergelijkende onderzoeken op verschillende data met verschillende examens en jury's. Er werd één vergelijkend onderzoek gehouden. Het besluit waarbij dit examen werd uitgeschreven, bepaalde het percentage ambten dat voor mannen respectievelijk vrouwen was bestemd. Het gevolg van dit systeem was dat een kandidaat met goede cijfers werd geweigerd als het quotum van het geslacht van deze persoon al was gehaald. Tege-

lijktijd kon een kandidaat met slechtere cijfers van het andere geslacht wel worden toegelaten als diens quotum nog niet was gehaald.

Frankrijk rechtvaardigde dit systeem voor de functiegroepen bij de nationale politie met het argument dat een groot percentage vrouwen bij de politie de geloofwaardigheid ernstig zou aantasten. Voor de handhaving van de openbare orde zou het nodig zijn dat het duidelijk zichtbaar is dat gebruik van geweld te allen tijde mogelijk is, en die duidelijkheid zou niet bestaan als op grote schaal vrouwen worden geworven. Het gegeven dat vrouwen vaker in deeltijd wilden werken, werd ook als reden genoemd om het percentage vrouwen beperkt te willen houden.

De Commissie erkende dat bepaalde politietaken niet door mannen en vrouwen gelijkelijk kunnen worden verricht. Dat zou echter geen discriminerende behandeling bij de politie in het algemeen rechtvaardigen. Volgens de Commissie zou artikel 2 lid 2 geen afwijkingen toelaten die gebaseerd zijn op een globale beoordeling van alle werkzaamheden van een onderdeel van de politie. Artikel 2 lid 2 zou een specifiek onderzoek naar de geslachtbepaaldheid van elk type werkzaamheden vergen. Het zou duidelijk moeten zijn dat vanwege de concrete taken die een beroepswerkzaamheid meebrengt, alleen personen van een bepaald geslacht deze werkzaamheden kunnen vervullen. Als bepaalde ambten in bepaalde functiegroepen als geslachtsbepaald kunnen worden beschouwd, zou die omstandigheid geen rechtvaardiging zijn voor discriminatoire wervingsvoorwaarden voor de functiegroep als geheel. Volgens de Commissie ging de Franse regeling vanwege haar algemeenheid veel verder dan de bewoordingen van artikel 2 lid 2 toelaten. Ook de A-G achtte de aanstelling van een bepaald percentage vrouwen in het hele politieapparaat, ongeacht de werkelijk verrichte werkzaamheden niet gerechtvaardigd. Volgens de A-G betekende de Franse regeling dat vooraf een percentage posten voor mannen respectievelijk voor vrouwen werd bestemd, ongeacht de voorwaarden voor de uitoefening van de functie. De A-G wees op het verschil met de zaak *Johnston* waarin een bijzondere situatie aan de orde was die gekenmerkt werd door veelvuldige aanslagen.

Oordeel Hof

Het Hof was van oordeel dat de wijze van *werving voor de functie van chef de Maison d'Arrêt* wel onder het bereik van artikel 2 lid 2 viel. Volgens het Hof ging het om de vraag of de uitzondering van artikel 2 lid 2 ook van toepassing kan zijn op deze hogere functie waarvoor het geslacht niet noodzakelijk bepalend is, terwijl het geslacht wel bepalend is voor de groep functies met een lagere rang van waaruit de bevordering naar de hogere functie plaats vindt. Deze vraag werd bevestigend beantwoord omdat het Hof van oordeel was dat er redenen kunnen zijn om uitsluitend personen uit de groep met de lagere functies toegang te geven tot de hogere functie. Volgens de Franse regering was het noodzakelijk om te voorzien in bevorderingsmogelijkheden binnen de groep van bewakingspersoneel vanwege het feit dat in die groep opgedane beroepservaring gewenst is voor de vervulling van de hogere functie. Het Hof accepteerde deze redenen en achtte de wijze van werving daarom in overeenstemming met artikel 2 lid 2.

De gescheiden werving voor de *vijf functiegroepen bij de nationale politie* kon echter niet door de beugel. Het Hof stelde allereerst vast dat de Commissie en Frankrijk het erover eens waren dat bepaalde tot de taak van nationale politie behorende werkzaamheden enkel door mannen, respectievelijk vrouwen, konden worden verricht, terwijl sommige andere werkzaamheden door iedere ambtenaar, man dan wel vrouw, kunnen worden verricht. Het geschil tussen de Commissie en Frankrijk betrof de consequenties die uit die situatie zouden moeten worden getrokken.

Het Hof wees erop dat artikel 2 lid 2 spreekt over de bevoegdheid om bepaalde ‘beroepsactiviteiten’ uit te sluiten. Dat zou allereerst betekenen dat de afwijkingen betrekking moeten hebben op specifieke activiteiten. In verband met artikel 9 lid 2 zouden deze afwijkingen bovendien voldoende doorzichtig moeten zijn om een doeltreffende controle van de Commissie mogelijk te maken. Volgens het Hof voldeed de Franse wettelijke regeling niet aan deze twee eisen.

Het Hof stelde vast dat de nodige doorzichtigheid in het systeem van gescheiden werving ontbrak. Belangrijk was dat er geen, in een wettelijke of bestuursrechtelijke regeling omschreven, objectief criterium bestond voor het bepalen van het percentage aan te stellen mannen en vrouwen. Vanwege het ontbreken van een objectief criterium kon de vraag niet worden beantwoord of de vastgestelde percentages voor mannen en vrouwen ook werkelijk overeenstemden met de specifieke activiteiten waarvoor het geslacht een bepalende factor is. Omdat deze vraag niet kon worden beantwoord, was het volgens het Hof duidelijk dat binnen het stelsel van gescheiden werving iedere controle – door de Commissie, de rechter, of de gediscrimineerde zelf – ontbrak.

De gescheiden werving voor de vijf functiegroepen bij de nationale politie voldeed dus niet aan de eerste inhoudelijke eis dat afwijkingen betrekking moeten hebben op specifieke beroepsactiviteiten. De regeling voldeed bovendien niet aan de tweede eis die betrekking heeft op de vorm van de regeling en inhoudt dat een regeling voldoende doorzichtig en daarmee controleerbaar moet zijn.

Samenvatting regels Hof

- de uitzondering van artikel 2 lid 2 kan van toepassing zijn bij de werving voor een hogere, niet noodzakelijkerwijs geslachtsbepaalde functie uitsluitend van uit een groep functies met een lagere rang die wel geslachtsbepaald zijn; bevorderingsmogelijkheden én opgedane beroepservaring kunnen als rechtvaardiging voor een dergelijk wervingsbeleid dienen;
- de bevoegdheid om op grond van artikel 2 lid 2 bepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten betekent dat de afwijkingen betrekking moeten hebben op specifieke activiteiten;
- in verband met artikel 9 lid 2 betekent de bevoegdheid om bepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten dat deze afwijkingen voldoende doorzichtig moeten zijn, zodat een doeltreffende controle van de Commissie mogelijk is;
- het hanteren van een objectief criterium is noodzakelijk om specifieke activiteiten wegens geslachtsbepaaldheid te kunnen reserveren voor mannen of vrouwen en tevens om de controle hierop mogelijk te maken.

2.4.5 *Sirdar*⁵³ (1999)

Feiten, rechtsgeschiedenis, argumenten

De zaak *Sirdar* betrof de weigering om Sirdar toe te laten als kokkin bij de Royal Marines (Koninklijke Mariniers) van het Britse leger. Een baan als kokkin bij de Royal Marines kwam voor mevrouw Sirdar in beeld, toen bleek dat zij in het kader van een reorganisatie haar baan als kokkin bij de Royal Artillery (Koninklijke Artillerie) zou verliezen. Omdat bij de Royal Marines sprake was van een tekort aan koks, nodigde deze eenheid alle personen die door de Royal Artillery op de afvloeiingslijst waren geplaatst, uit om zich aan te melden voor overplaatsing. Sirdar ontving in dat verband ook een uitnodiging. Toen bleek dat Sirdar een vrouw was, kreeg ze te horen dat het overplaatsingsaanbod per vergissing was verstuurd omdat de Royal Marines niet openstond voor vrouwen. Sirdar kreeg zodoende ontslag zonder in de gelegenheid te worden gesteld tot overplaatsing. Sirdar was van mening dat de afwijzing door de Royal Marines een ongeoorloofde discriminatie op grond van geslacht inhield en startte een procedure bij het Industrial Tribunal. In de gerechtelijke procedure betoogde het Ministerie van Defensie dat het onderscheid op grond van geslacht was toegestaan omdat de Sex Discrimination Act bepaalde dat deze wet geen afbreuk doet aan de wettigheid van handelingen, verricht ter verzekering van de gevechtskracht van de Koninklijke zee-, land- of luchtmacht. Het beleid van de Royal Marines om geen vrouwen toe te laten zou onder deze bepaling vallen omdat het verzekeren van de gevechtskracht de reden was om dit beleid te voeren. Ter verzekering van de gevechtskracht gold binnen de Royal Marines namelijk het beginsel van interoperabiliteit en de aanwezigheid van vrouwen zou afbreuk doen aan dit beginsel.

Het verdient de aandacht dat binnen het Britse leger de meeste posten wel open stonden voor vrouwen en dat de Royal Marines een kleine, specifieke gevechtseenheid binnen het Britse leger is. Deze eenheid vormt de landingstroepen binnen de amfibische troepen van het leger en heeft tot taak als eerste op te treden, in het bijzonder als commando-infanteristen. De eenheid vormt als zodanig een speerpuntfunctie binnen de strijdkrachten. Binnen de Royal Marines werd het beginsel van interoperabiliteit omschreven als het vermogen van een persoon om meer dan één taak te verrichten en het betekende het vermogen om én als specialist, bijvoorbeeld als kok, én als commando te opereren. Alle mariniers werden als commando-infanterist opgeleid om als zodanig te kunnen functioneren. Binnen de Royal Marines was het niet mogelijk om te worden opgenomen om uitsluitend als kok of andere specialist te werken. Dat de aanwezigheid van vrouwen afbreuk zou doen aan het beginsel van interoperabiliteit, werd onder andere beargumenteerd met het te verwachten verlangen van de mariniers om vrouwen te beschermen. De aanwezigheid van vrouwen zou daarom een negatief effect kunnen hebben op de gevechtskracht.

In de procedure bij het Hof speelde als hoofdvraag de vraag naar de vrijheid van de lidstaten om beleid te voeren op het gebied van de staatsveiligheid en van

53 HvJEG 26 oktober 1999 (*Sirdar*), JAR 1999, 279.

de bescherming van de openbare veiligheid of de openbare orde. Vier van de zes prejudiciële vragen hadden hierop betrekking. Twee prejudiciële vragen betroffen de betekenis van artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207. Voor het onderhavige onderzoek zijn met name de antwoorden op deze vragen van belang. De aangevoerde argumenten met betrekking tot de hoofdvraag worden hier alleen in het kort toegelicht.

Het Verenigd Koninkrijk was van mening dat het beleid om vrouwen niet toe te laten tot de Royal Marines niet onder de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt. Besluiten inzake de organisatie en het beheer van de strijdkrachten en met name besluiten die worden genomen ter verzekering van de gevechtskracht in het kader van de voorbereiding op oorlog, zouden buiten de werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen. Sirdar was het daarmee niet eens omdat het Verdrag geen specifieke bepaling kent die de strijdkrachten uitsluit. Evenmin zou een dergelijke algemene uitsluiting uit het Verdrag of uit EG-richtlijn 76/207 kunnen worden afgeleid. De Commissie was van mening dat de besluitvorming inzake de strijdkrachten wel onder de werkingssfeer van het Verdrag valt. De omstreden besluitvorming zou echter onder de uitzondering van artikel 224 EG-Verdrag (thans artikel 297 EG-Verdrag) betreffende maatregelen inzake de openbare veiligheid vallen. A-G La Pergola wees de argumentatie van het Verenigd Koninkrijk van de hand in een uitvoerige en gedegen onderbouwde conclusie. In het betoog van de A-G speelde het arrest Johnston een belangrijke rol omdat het Hof hierin duidelijk had overwogen dat er geen algemeen voorbehoud geldt voor maatregelen die uit hoofde van de openbare veiligheid worden getroffen. Met verwijzing naar vaste rechtspraak van het Hof betoogde de A-G dat dit geldt voor maatregelen op het gebied van zowel de binnenlandse als de buitenlandse veiligheid van de lidstaten. De A-G concludeerde dat voor het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen geen algemeen voorbehoud geldt in het geval van maatregelen die in vredetijd en/of ter voorbereiding op oorlog zijn vastgesteld en die zijn ingegeven door de noodzaak om de gevechtskracht van de strijdkrachten te verzekeren. Het vraagstuk van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot een betrekking bij de strijdkrachten zou niet aan de werking van het gemeenschapsrecht kunnen ontsnappen, ook niet via artikel 224 EG-Verdrag omdat deze bepaling blijkens overwegingen van het Hof in *Johnston* alleen een heel uitzonderlijke situatie betreft.

Over de betekenis van artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 stelde de verwijzende rechter de vraag of deze bepaling het beleid van een lidstaat om alle vrouwen uit te sluiten van de dienst als interoperabele marinier kan rechtvaardigen. Bij een positief antwoord op deze vraag wilde de rechter vervolgens weten aan de hand van welke criteria de nationale rechter moet beslissen of een dergelijk beleid gerechtvaardigd is. De A-G was van mening dat de aard van de werkzaamheden de toepassing van artikel 2 lid 2 niet kon rechtvaardigen. De A-G vond de aangevoerde argumenten van het Verenigd Koninkrijk die uitgaan van het idee dat vrouwen fysiek inferieur zijn aan mannen, niet overtuigend en verwees naar een land als Canada, waar vrouwen wel toegelaten worden tot een eenheid die vergelijkbaar is met de Royal Marines, en naar landen als België, Denemarken en Noorwegen waar dit naar alle waarschijnlijkheid het geval is (vgl. punt 32 van de conclusie en noot 49).

Tevens wees de A-G op de analogie met de zaak *Johnston*. De redenering van het Hof zou ook hier moeten gelden en wel dat de Sex Discrimination Act expliciet van toepassing is op betrekkingen binnen de strijdkrachten zonder onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen en dat daarom de aard van het werk geen rechtvaardiging kan zijn voor seksdiscriminatie. De A-G was van mening dat de bijzondere omstandigheden waaronder de werkzaamheden van de Royal Marines worden uitgeoefend wel een rechtvaardiging kunnen zijn om het mannelijk geslacht als toetredingsvereiste voor het korps te kunnen stellen. Van belang was dat het niet uit te sluiten zou zijn dat de aanwezigheid van vrouwen in bepaalde opzichten de vereiste maximum effectiviteit kan schaden. Volgens het Verenigd Koninkrijk zou de toelating van vrouwen namelijk een negatieve invloed kunnen hebben op de moraal en de cohesie van de soldaten in de commando-eenheden. Dit zou schadelijk zijn voor de gevechtskracht, hetgeen uiteindelijk ten koste zou gaan van de verdediging van het Verenigd Koninkrijk. De beslissing om de traditionele mannelijke samenstelling van een voorhoede-eenheid van het leger te handhaven, viel volgens de A-G binnen de beoordelingsmarge van de nationale autoriteiten bij de vaststelling van maatregelen ter bescherming van de nationale veiligheid, omdat het niet uit te sluiten is dat negatieve effecten zich niet zullen voordoen.

Zowel de A-G, Sirdar als de Commissie waren van mening dat de rechtvaardigingsgronden voor de uitsluiting van vrouwen van de Royal Marines in ieder geval moesten worden getoetst aan de criteria die het Hof heeft geformuleerd in de zaak *Johnston*. Het Verenigd Koninkrijk bepleitte daarentegen een terughoudender rechterlijke toetsing vanwege het beleidsterrein dat ter beoordeling stond.

Oordeel Hof

Het Hof concludeerde – na een uitvoerige argumentatie met veel verwijzingen naar eerdere jurisprudentie – in de eerste plaats dat beslissingen op het gebied van de toegang tot de arbeid, de beroepsopleiding en de arbeidsvoorwaarden bij de strijdkrachten, die door de lidstaten worden genomen in het belang van de gevechtskracht, niet in algemene zin zijn onttrokken aan de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht. Het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen is van algemene strekking en dus van toepassing op maatregelen die op dit terrein worden getroffen.

Vervolgens beantwoordde het Hof de vragen van de verwijzende rechter of, en zo ja, onder welke voorwaarden, de uitsluiting van vrouwen van de dienst in commando-eenheden als de Royal Marines gerechtvaardigd kan zijn ingevolge artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207.

Het Hof stelde eerst de draagwijdte van artikel 2 lid 2 in het algemeen vast. Met verwijzing naar *Johnston* overwoog het Hof dat de lidstaten ingevolge deze bepaling de bevoegdheid hebben om beroepsactiviteiten van de toepassing van de richtlijn uit te sluiten en tevens dat deze bepaling strikt moet worden uitgelegd omdat het een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht. Met verwijzing naar *Commissie/Frankrijk* gaf het Hof aan dat voor een beroep als bewaker of hoofdbewaker in een gevangenis het geslacht een bepalende factor kan zijn. Hetzelfde zou gelden voor bepaalde activiteiten zoals politietaken die worden

verricht in een situatie van ernstige binnenlandse onlusten (*Johnston*). Een lidstaat mag dergelijke activiteiten en de desbetreffende beroepsopleiding voorbehouden aan mannen of aan vrouwen, al naar gelang het geval, aldus het Hof. Ingevolge artikel 9 lid 2 zijn de lidstaten wel verplicht die activiteiten op gezette tijden te onderzoeken. De lidstaten moeten nagaan of het gerechtvaardigd is de betreffende afwijking te handhaven, gezien de sociale ontwikkeling (*Johnston*). Voorts zou het evenredigheidsbeginsel moeten worden geëerbiedigd bij de vaststelling van de draagwijdte van artikel 2 lid 2. Dit zou betekenen dat afwijkingen niet verder mogen gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, en dat zoveel mogelijk een evenwicht tot stand moet worden gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van de openbare veiligheid die beslissend zijn voor de voorwaarden van de uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit (*Johnston*).

Vervolgens overwoog het Hof dat de nationale autoriteiten over een zekere beoordelingsmarge beschikken als het gaat om maatregelen ter bescherming van de openbare veiligheid van een lidstaat. Dit aspect kwam niet voor in de overwegingen in het arrest *Johnston*. Het Hof verwees terug naar overwegingen uit de zaak *Leifer*,⁵⁴ een arrest dat geen betrekking heeft op de uitleg van artikel 2 lid 2.

Het Hof concludeerde dat nagegaan moest worden of in de omstandigheden van de zaak *Sirdar* de maatregelen die de nationale autoriteiten hadden vastgesteld in de uitoefening van de hun toegekende beoordelingsmarge, werkelijk gericht zijn op het doel om de openbare veiligheid te verzekeren, en of zij passend en noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van dat doel.

Volgens het Hof kon het bevoegd gezag zich op het standpunt stellen dat de specifieke voorwaarden waaronder aanvalsteams van de Royal Marines opereren, en in het bijzonder de voor hen geldende regel van de 'interoperabiliteit', rechtvaardigen dat zij uitsluitend uit mannen moesten blijven samengesteld. De uitsluiting van vrouwen kon ingevolge artikel 2 lid 2 gerechtvaardigd zijn *wegens de aard van en de voorwaarden waaronder* de betrokken activiteiten worden verricht, aldus het Hof. Van belang was dat de organisatie van de Royal Marines wezenlijk anders is dan de andere eenheden van het Britse leger, dat het een kleine strijdmacht is die in de voorste linies moet opereren, en dat ook de koks daar als commando moeten dienen en dat alle leden van het corps voor dat doel worden aangenomen en opgeleid en er bij de rekrutering geen enkele uitzondering op die regel werd gemaakt.

Samenvatting regels Hof

Het Hof bouwde in belangrijke mate voort op de argumentatie en overwegingen uit het arrest *Johnston*. Zowel de overwegingen inzake de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht als omtrent de algemene draagwijdte van artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 bleven toepasselijk. Hieraan is toegevoegd dat de rechtsregel uit *Leifer* dat lidstaten een discretionaire bevoegdheid hebben inzake maatregelen ter be-

54 HvJEG 17 oktober 1995 (*Leifer*), *Jur.* 1995, p. I-3231.

scherming van de openbare veiligheid, ook van toepassing is bij gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 2 lid 2.

De toepassing van deze algemene regels op de zaak *Sirdar* leidde tot de volgende overwegingen:

- het bevoegd gezag kan zich op het standpunt stellen dat de specifieke voorwaarden waaronder aanvalsteams van de Royal Marines opereren, en in het bijzonder de voor hen geldende regel van ‘interoperabiliteit’, rechtvaardigen dat zij uitsluitend uit mannen moeten blijven samengesteld;
- de uitsluiting van vrouwen kon ingevolge artikel 2 lid 2 gerechtvaardigd zijn *wegens de aard van en de voorwaarden waaronder* de betrokken activiteiten worden verricht omdat de organisatie van de Royal Marines wezenlijk anders is dan de andere eenheden van het Britse leger, dat het een kleine strijdmacht is die in de voorste linies moet opereren, dat ook de koks daar als commando moeten dienen en dat alle leden van het corps voor dat doel worden aangenomen en opgeleid en er bij de rekrutering geen enkele uitzondering op die regel werd gemaakt.

2.4.6 *Kreil*⁵⁵ (2000)

Feiten, rechtsgeschiedenis, argumenten

De zaak *Kreil* betrof de weigering om Kreil aan te stellen bij de onderhoudsdienst wapenelektronica van de Duitse Bundeswehr. Dit besluit kwam voort uit de Duitse wet- en regelgeving die vrouwen volledig uitsluit van functies in de gewapende dienst van de Bundeswehr en hen uitsluitend toegang verleent tot de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen. De uitsluiting was gebaseerd op een grondwetsbepaling en tevens op bepalingen van het Soldatengesetz en de Soldatenlaufbahnverordnung. Kreil was van mening dat de afwijzing op grond van geslacht in strijd was met het gemeenschapsrecht en ging daarom in beroep bij het Verwaltungsgericht Hannover. Dit gerecht stelde het Hof één prejudiciële vraag en wel of artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207 wordt geschonden door de omstreden Duitse wet- en regelgeving.

De Duitse regering was van mening dat het gemeenschapsrecht in beginsel niet geldt voor kwesties van landsverdediging, die deel uitmaken van het buitenlands en het veiligheidsbeleid. Voor zover EG-richtlijn 76/207 al op de strijdkrachten van toepassing zou kunnen zijn, zouden de omstreden bepalingen die de toegang van vrouwen tot bepaalde functies bij de Bundeswehr beperken, gerechtvaardigd zijn ingevolge zowel artikel 2 lid 2 als artikel 2 lid 3 van de richtlijn.

Duitsland voerde daartoe aan dat de omstreden wet- en regelgeving is opgesteld om vrouwen van deelneming aan militaire acties uit te sluiten zodat vrouwen in geen geval als combattant aan vijandelijk vuur worden blootgesteld. Het zou een uitvloeisel zijn van een morele verplichting uit het treurige Duitse verleden om vrouwen een zo ruim mogelijke bescherming te bieden. Met het oog op het humanitaire volkenrecht maakte Duitsland een onderscheid tussen ‘combattanten’ en

55 HvJEG 11 januari 2000 (*Kreil*), JAR 2000, 47.

‘burgerbevolking’. Alleen de burgerbevolking zou algemene humanitaire bescherming genieten tegen gevaren van militaire operaties. Door de manier van uitsluiting van de toegang tot het leger behoorden vrouwen in alle gevallen tot de burgerbevolking en hadden daarmee aanspraak op de bescherming die de Duitse regering voor ogen stond.

Voor A-G La Pergola en de Commissie was het een duidelijke zaak dat de aan vrouwen geboden bescherming in ieder geval niet onder artikel 2 lid 3 kon vallen. De A-G verwees naar de zaak *Johnston* waarin het Hof heeft overwogen dat artikel 2 lid 3 alleen de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw alsook van de bijzondere relatie tussen moeder en kind wil verzekeren. Artikel 2 lid 3 zou het niet toestaan om vrouwen de toegang tot betrekkingen te ontzeggen omdat de publieke opinie verlangt dat vrouwen meer bescherming genieten tegen gevaren die mannen en vrouwen gelijkelijk kunnen treffen.

Voor de eventuele toepasselijkheid van artikel 2 lid 2 maakte de Commissie ter zake van het defensiebeleid van de lidstaten een onderscheid tussen enerzijds taken die een concreet gevaar inhouden en anderzijds activiteiten van technische aard zonder bijzondere risico’s en waarvoor geen bijzondere fysieke kracht is vereist. Deze laatste activiteiten zouden niet vanwege hun aard of de voorwaarden noodzakelijkerwijs aan mannen moeten worden voorbehouden. De nationale rechter zou moeten beoordelen tot welke van deze twee categorieën werkzaamheden de taak valt waarvoor Kreil zich had aangemeld.

De A-G concludeerde dat de omstreden uitsluiting van vrouwen niet onder artikel 2 lid 2 kon vallen. De AG onderbouwde deze conclusie met een zeer uitvoerige argumentatie waarin het gebrek aan specificiteit van de voor vrouwen uitgesloten beroepsactiviteiten een centrale rol speelde.

Oordeel Hof

Het Hof verwees voor een belangrijk deel terug naar de overwegingen uit *Sirdar*. Het Hof overwoog allereerst dat het gemeenschapsrecht van toepassing is op maatregelen die de lidstaten nemen die geschikt zijn om hun binnenlandse en buitenlandse veiligheid te verzekeren. Er geldt geen algemeen voorbehoud voor maatregelen die uit hoofde van de openbare veiligheid worden getroffen. Het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft volgens vaste rechtspraak een algemene strekking en EG-richtlijn 76/207 geldt ook voor publiekrechtelijke dienstverhoudingen, aldus het Hof. De richtlijn is dus van toepassing op een situatie als in het hoofdgeding aan de orde is.

Het Hof herhaalde vervolgens de vijf overwegingen uit *Sirdar* die betrekking hadden op de draagwijdte van artikel 2 lid 2 in het algemeen. Het betreft de overwegingen die rechtstreeks aan *Johnston* zijn ontleend. Ook de afsluiting was ontleend aan *Sirdar*: “(...) nagegaan moet worden of in de omstandigheden van het onderhavige geval de maatregelen die door de nationale autoriteiten in de uitoefening van de hun toegekende beoordelingsmarge zijn vastgesteld, werkelijk gericht zijn op het doel de openbare veiligheid te verzekeren, en of zij passend en noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van dat doel”.

Het Hof overwoog vervolgens dat de uitsluiting van vrouwen die voor bijna alle functies van de Bundeswehr geldt, wegens de omvang ervan niet te beschouwen is als een afwijking die wordt gerechtvaardigd door de specifieke aard van de betrokken functies of door de bijzondere voorwaarden waaronder deze worden uitgeoefend. De in artikel 2 lid 2 bedoelde afwijkingen kunnen namelijk alleen betrekking hebben op specifieke activiteiten. Het karakter van de krijgsmacht in aanmerking genomen, is het enkele feit dat het daarbij dienende personeel kan worden genoodzaakt wapens te gebruiken, niet voldoende om de uitsluiting van vrouwen van de toegang tot functies in het leger te rechtvaardigen. Het Hof voegde hieraan toe dat de Duitse regering had toegegeven dat binnen de diensten die wel toegankelijk zijn voor vrouwen, zij een basistraining kregen in de omgang met wapens, die bedoeld is om het personeel van die diensten in staat te stellen zich te verdedigen en anderen te hulp te komen.

Het Hof concludeerde dat, zelfs rekening houdend met de beoordelingsmarge waarover de nationale autoriteiten beschikken ten aanzien van de mogelijkheid om de omstreden uitsluiting te handhaven, zij zich niet zonder schending van het evenredigheidsbeginsel op het algemene standpunt konden stellen, dat alle gewapende onderdelen van de Bundeswehr uitsluitend uit mannen samengesteld moesten blijven.

Tot slot maakte het Hof korte metten met het beroep op artikel 2 lid 3 door terug te verwijzen naar de overwegingen uit *Johnston* over de betekenis van deze bepaling.

Samenvatting regels Hof

De rechtsregels van het Hof omtrent zowel de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht als de algemene draagwijdte van artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 zijn een herhaling van *Sirdar* en *Johnston*.

De toepassing van deze algemene regels op de zaak *Kreil* leidde tot de volgende overwegingen:

- de algehele uitsluiting van vrouwen van alle functies in de gewapende dienst van de krijgsmacht en hen enkel toegang verlenen tot de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen is in strijd met het evenredigheidsbeginsel dat moeten worden geëerbiedigd bij de vaststelling van de draagwijdte van artikel 2 lid 2;
- de in artikel 2 lid 2 bedoelde afwijkingen kunnen alleen betrekking hebben op specifieke activiteiten (herhaling *Commissie/Frankrijk*).

2.5 De regels van het Hof nader bekeken

De zojuist besproken arresten van het Hof hebben enerzijds betrekking op de inhoud en anderzijds op een aantal aspecten die de vorm betreffen van een richtlijnconforme regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Met de overwegingen over de draagwijdte van artikel 2 lid 2 geeft het Hof regels voor de inhoud van een richtlijnconforme regeling. De overwegingen over de betekenis van artikel 9

lid 2 in samenhang met artikel 2 lid 2 betreffen vooral de vorm van een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Hierna worden de regels van het Hof met betrekking tot de inhoud en de vorm afzonderlijk geordend weergegeven en becommentarieerd. Kanttekeningen die in de juridische literatuur bij deze jurisprudentie zijn geplaatst, worden in het commentaar betrokken.

2.5.1 Regels inzake de inhoud van een richtlijnconforme regeling

Het Hof heeft in de verschillende arresten de in concreto uitgezonderde beroepsactiviteiten beoordeeld aan de hand van één of meer van de volgende regels:

- artikel 2 lid 2 moet strikt moet worden uitgelegd omdat het een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht (*Johnston, Sirdar, Kreil*);
- uitzonderingen met een algemene strekking zijn niet in overeenstemming met artikel 2 lid 2 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*); de bevoegdheid om op grond van artikel 2 lid 2 bepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten betekent dat de afwijkingen betrekking moeten hebben op specifieke activiteiten die met behulp van objectieve maatstaven zijn vastgesteld (*Commissie/Frankrijk, Kreil*);
- het uitzonderen van beroepsactiviteiten moet een tijdelijk karakter hebben omdat de lidstaten de rechtmatigheid op gezette tijden moeten onderzoeken op grond van artikel 9 lid 2 (*Johnston, Sirdar, Kreil*);
- de nationale autoriteiten beschikken over een zekere beoordelingsmarge als het gaat om maatregelen ter bescherming van de openbare veiligheid van een lidstaat (*Leifer, Sirdar, Kreil*);
- de lidstaten moeten het evenredigheidsbeginsel in acht nemen bij het gebruik van de bevoegdheid om beroepsactiviteiten van de toepassing van de richtlijn uit te sluiten (*Johnston, Sirdar, Kreil*);
- eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel betekent dat:
 1. afwijkingen niet verder mogen gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel;
 2. een evenwicht tot stand moet worden gebracht tussen enerzijds het beginsel van gelijke behandeling en anderzijds bijvoorbeeld de eisen van de openbare veiligheid die beslissend zijn voor de voorwaarden van de uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit (*Johnston, Sirdar, Kreil*); en bijvoorbeeld het bewerkstelligen van een evenwicht tussen het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van bescherming van het privé-leven (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*);
- in het kader van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel moet worden nagegaan of het treffen van de discriminatoire maatregel kan worden vermeden (*Johnston*, niet herhaald in *Sirdar* en *Kreil*).

Volgens het Hof betekende toepassing van deze regels dat het *niet* gerechtvaardigd was om de volgende beroepsactiviteiten uit te zonderen:

- dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens en in kleine ondernemingen vanwege de te algemene strekking;

- vijf functiegroepen bij de nationale politie vanwege het ontbreken van een objectief criterium en daarmee het ontbreken van voldoende specificiteit van de beroepsactiviteiten;
- alle functies in de gewapende dienst van de krijgsmacht wegens het ontbreken van specificiteit en strijd met het evenredigheidsbeginsel.

In concreto achtte het Hof de volgende uitzonderingen *wel* gerechtvaardigd:

- het beroep van verloskundige anno 1983 vanwege gevoelsoverwegingen van patiënten;
- politietaken in een situatie van ernstige binnenlandse onlusten omdat de eisen van de bescherming van de openbare veiligheid in aanmerking mogen worden genomen;
- het beroep als bewaker of hoofdbewaker in een gevangenis, en in dat geval ook het werven vanuit deze groep voor een hogere, niet noodzakelijkerwijs geslachtsbepaalde functie omdat de bevorderingsmogelijkheden en opgedane beroepservaring dit kunnen rechtvaardigen;
- alle functies bij de Royal Marines als bijzondere voorhoede-eenheid van het Britse leger, mede vanwege de ruimere beoordelingsmarge voor de lidstaten bij beleid inzake de openbare veiligheid.

Commentaar

Het is duidelijk dat het arrest *Johnston* van grote betekenis is omdat het Hof hierin stapsgewijs aangeeft hoe de vraag moet worden beantwoord of beroepsactiviteiten onder de draagwijdte van artikel 2 lid 2 kunnen vallen. In *Sirdar* en *Kreil* heeft het Hof deze stapsgewijze aanpak herhaald en daarmee bevestigd. De aanpak van het Hof houdt in dat de betekenis van de strikte uitleg van artikel 2 lid 2 voorop wordt gesteld en dat vervolgens twee hoofdvragen aan de orde moeten komen. De *eerste* vraag is de vraag of de beroepsactiviteiten in beginsel onder artikel 2 lid 2 kunnen vallen wegens hun aard en/of wegens de voorwaarden voor de uitoefening. Daarbij komen kwesties aan de orde zoals of de uitgezonderde beroepsactiviteiten voldoende specifiek zijn, en of de activiteiten wegens hun aard of enkel wegens de voorwaarden voor de uitoefening geslachtsbepaald kunnen zijn. De tijdelijkheid van een uitsluiting kan ook bij deze vraag een rol spelen. De *tweede* vraag is de vraag of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen bij het uitzonderen van de beroepsactiviteiten, een vraag die twee te onderscheiden elementen bevat. Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat deze twee vragen de essentie vormen en dat de verschillende regels van het Hof hierop betrekking hebben.

Zodra de openbare veiligheid in het geding is, kent het Hof de lidstaten extra discretionaire bevoegdheid toe. Dit leidt ertoe dat de beide vragen eerder positief beantwoord kunnen worden dan bij andere beleidsterreinen. Naar aanleiding van *Sirdar* heeft Tobler opgemerkt dat er weinig terechtkomt van de strikte interpretatie van artikel 2 lid 2 als het Hof de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toekent.

Haars inziens is de bevoegdheid van de lidstaten in verband met de openbare veiligheid in ieder geval om die reden te ruim.⁵⁶

In verband met de *eerste* vraag valt het op dat het Hof in *Sirdar* afwijkt van *Johnston* door de beroepsactiviteiten bij de Royal Marines ook wegens hun aard als geslachtsbepaald aan te merken. A-G La Pergola bepleitte in de conclusie bij *Sirdar* om de activiteiten enkel wegens de voorwaarden onder het bereik van artikel 2 lid 2 te brengen omdat dit – evenals in *Johnston* – de meest juiste benadering zou zijn. Het is opvallend dat het Hof zonder nadere motivering afwijkt van *Johnston* terwijl artikel 2 lid 2 in *Sirdar* ruimer wordt geïnterpreteerd. De extra ruimte lijkt strijdig met de regel van de strikte interpretatie van artikel 2 lid 2.

De *tweede* vraag betreft de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Toepassing van dit beginsel betekent allereerst toetsing aan de hand van het criterium of de getroffen maatregel gezien het beoogde doel passend en noodzakelijk is. Dit criterium maakt ook deel uit van de indirecte discriminatietoets en is op dezelfde manier omschreven in de definitie van indirecte discriminatie in de ras- en kader-richtlijn.⁵⁷ De toetsing aan dit criterium in verband met artikel 2 lid 2 kan er bijvoorbeeld toe leiden dat het wel is toegestaan om specifieke werkzaamheden voor te behouden aan mannen terwijl de veel verdergaande maatregel om vrouwen geheel uit te sluiten disproportioneel is.⁵⁸ Het kan ook betekenen dat een omstreden discriminerende maatregel in het geheel niet is toegestaan.

Blijkens de jurisprudentie van het Hof moet in het kader van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel ook worden nagegaan of er sprake is van een evenwicht tussen enerzijds het beginsel van gelijke behandeling en anderzijds de eisen van de openbare veiligheid. In het bovenstaande overzicht is aangegeven dat bij deze toetsing ook de vraag thuis hoort of er sprake is van evenwicht tussen het beginsel van gelijke behandeling en andere fundamentele rechtsbeginselen, waarvan de bescherming van het privé-leven een voorbeeld is.

Over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel wordt verschillend gedacht.⁵⁹ Bij de toetsing aan het criterium of de getroffen maatregel passend en noodzakelijk is, speelt bijvoorbeeld de vraag of de lidstaten in alle gevallen aantoonbaar moeten onderzoeken of het treffen van de discriminatoire maatregel kan worden vermeden. In *Johnston* gaf het Hof hiertoe opdracht aan de nationale rechter en bleek dit onderzoek dus in ieder geval nodig te zijn. In *Sirdar* en *Kreil* liet het Hof deze kwestie buiten beschouwing. Het is denkbaar dat het Hof dit onderzoek niet nodig achtte vanwege de toegekende vrije beoordelingsruimte inzake de openbare veiligheid, ook bij de toepassing van artikel 2 lid 2. Het is ook mogelijk dat het Hof bespreking van deze kwestie niet nodig vond in de concreet voorliggende zaken. In de conclusies bij de beide arresten is de kwestie wel aan de orde

56 Tobler 2000.

57 Richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PbEG* 1998, L 205/66.

58 Aldus de uitleg van *Johnston* in Drijber & Prechal 1997.

59 Voor overzichten van de verschillende opvattingen: Blom 1994, p. 50,-51; Piso 1998, p. 33-35; Burri 2000, p. 323- 324.

gesteld. In de conclusie bij *Sirdar* (punten 42-43) vroeg de A-G zich af welke betekenis moest worden toegekend aan het gegeven dat het beginsel van interoperabiliteit – als enige uitzondering – niet gold voor de marinierskapel van de Royal Marines. Zou het dan ook niet mogelijk zijn om meer uitzonderingen op te nemen zodat een minder discriminerend toelatingsbeleid mogelijk is? De A-G was van mening dat het Hof in *Johnston* niet zo ver was gegaan om een dergelijke aanpassing van het beleid te vergen. Volgens de A-G was het duidelijke verschil tussen de beide zaken dat de bevoegde autoriteiten in *Sirdar* nieuwe taken, zoals die van niet-operabele kok, zouden moeten creëren terwijl de politie in Noord-Ierland al een hele reeks taken verrichtte waarvoor het dragen van wapens niet was vereist. Het Hof had in *Sirdar* de voorzet van de A-G kunnen oppakken door de nationale rechter criteria aan te reiken voor de betekenis van het evenredigheidsbeginsel met het oog op het treffen van niet of minder discriminerende maatregelen. Het Hof heeft dit echter achterwege gelaten. In de zaak *Kreil* is dat ook niet gebeurd maar die zaak is anders omdat zowel het Hof als de A-G zonder meer van mening waren dat de uitsluiting van vrouwen veel te vergaand was. De omstreden maatregel stond daarom in wezen niet ter discussie. De A-G besteedde in de conclusie wel aandacht aan de kwestie en verwees met enige relativisering naar de strikte uitleg van artikel 2 lid 2 door Hervey (conclusie punt 16).⁶⁰ Deze opvatting komt erop neer dat een lidstaat of werkgever die zich op dit artikel wil beroepen, moet aantonen dat voor een bepaalde werkzaamheid het geslacht een dermate bepalende factor is, dat een niet-discriminerend aanstellingsbeleid de uitoefening van die werkzaamheid buitengewoon moeilijk of zonder meer onmogelijk zou maken.

In verband met de toepassing van artikel 2 lid 2 is het een belangrijke vraag of het Hof niet te veel ruimte laat voor de seksestereotype opvattingen die doorklinken in de motivering van het beleid van de lidstaten. In de bespreking van de arresten in de vorige paragraaf zijn deze opvattingen aan de orde geweest. In de juridische literatuur is het arrest *Johnston* op dit punt veelvuldig bekritiseerd. Prechal en Burrows zijn van mening dat het Hof de vingers niet heeft willen branden omdat huns inziens de gevaarlijke situatie in Noord-Ierland niet verklaart waarom politievrouwen eerder zouden worden vermoord dan politiemannen.⁶¹ In een eerdere annotatie bij het arrest vroeg Prechal zich af hoe overtuigend het is om te stellen dat als vrouwelijke agenten wapens zouden dragen, dit een extra gevaar zou opleveren voor de openbare veiligheid in het algemeen. Ze wierp daarbij de vraag op of het *totale* aantal aanslagen dan zou stijgen. Ze vroeg zich tevens af of in wezen niet de opvatting wordt gehuldigd dat vrouwen nu eenmaal meer bescherming behoeven dan mannen. Vanwege de bijzondere situatie in Noord-Ierland toonde ze wel enig begrip.⁶² Ellis is van oordeel dat het Hof een verkeerde vergelijking maakt als het spreekt over de extra risico's voor politievrouwen. Haars inziens vergeleek het Hof ten onrechte het risico voor politievrouwen die algemene politietaken vervullen

60 Hervey 1993, deel 4.2.1.3.

61 Prechal & Burrows 1990, p. 132.

62 Prechal 1986.

met politievrouwen die speciale vrouwentaken vervullen. Het Hof had het risico voor vrouwen bij de uitoefening van algemene politietaken moeten vergelijken met het risico dat politiemannen daarbij lopen.⁶³

Ook in de andere procedures zijn seksestereotype opvattingen gebezigd door de lidstaten ter rechtvaardiging van de gehele of gedeeltelijke uitsluiting van vrouwen van beroepsactiviteiten. In de conclusie bij *Sirdar* ging de A-G hier uitvoerig op in en vergeleek de situatie bij de Royal Marines met bijzondere gevechtseenheden in andere landen die wel toegankelijk zijn voor vrouwen. De A-G gaf het Verenigd Koninkrijk uiteindelijk het voordeel van de twijfel omdat niet uit te sluiten zou zijn dat de aanwezigheid van vrouwen in bepaalde opzichten de vereiste maximum effectiviteit zou kunnen schaden. De beslissing om de traditionele mannelijke samenstelling van de Royal Marines te handhaven zou daarom binnen de beoordelingsmarge ter zake van de openbare veiligheid vallen. De A-G adviseerde het Hof om de oplossing van het arrest *Johnston* te volgen en te overwegen dat de uitsluiting van vrouwen gerechtvaardigd zou zijn *wegens de voorwaarden waaronder* de beroepsactiviteiten moesten worden verricht. Het Hof ging echter een stap verder door de werkzaamheden bij de Royal Marines ook als geslachtsbepaald aan te merken vanwege de *aard* van de activiteiten. Zonder nadere motivering week het Hof op dit punt af van de *Johnston*-benadering.

Afsluitend valt op te merken dat het Hof een aantal duidelijke regels heeft gesteld voor de inhoudelijke beoordeling van een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Bij de jurisprudentie past als kanttekening dat het Hof met name bij het beleid van de lidstaten inzake de openbare veiligheid ruimte laat voor seksestereotype opvattingen en daarmee afbreuk doet aan de eigen gestelde regels.

2.5.2 Regels inzake de vorm van een richtlijnconforme regeling

Het Hof heeft de volgende regels geformuleerd met betrekking tot de vorm van een richtlijnconforme regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten:

- lidstaten bepalen zelf de vorm van een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten omdat artikel 2 lid 2 de bevoegdheid geeft tot het treffen van een regeling en geen verplichting oplegt (*Commissie/BRD*);
- lidstaten die gebruik maken van de bevoegdheid van artikel 2 lid 2, moeten ingevolge artikel 9 lid 2 de uitzonderingen volledig en controleerbaar inventariseren en periodiek controleren (*Commissie/BRD*);
- artikel 9 lid 2 brengt mee dat de lidstaten het resultaat van de inventarisatie aan de Commissie mededelen zodat de Commissie een effectief toezicht kan uitoefenen (*Commissie/BRD*);
- in het kader van de periodieke controle moet worden onderzocht of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de betreffende uitzonderingen te handhaven (*Johnston, Sirdar, Kreil*);
- in verband met artikel 9 lid 2 betekent de bevoegdheid om bepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten dat deze afwijkingen voldoende doorzichtig

63 Ellis 1998, p. 238.

moeten zijn en dat objectieve criteria moeten worden gehanteerd zodat een doeltreffende controle mogelijk is (*Commissie/Frankrijk*).

Commentaar

Het Hof laat de lidstaten die gebruik willen maken van de bevoegdheid van artikel 2 lid 2 keuzevrijheid bij de vorm van een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Het Hof lijkt hiermee te bedoelen dat lidstaten de keuze hebben om hetzij bij wet, hetzij op andere wijze, te zorgen voor een lijst of catalogus met uitzonderingen. In *Commissie/BRD* verwijst het Hof namelijk naar deze twee oplossingen met de opmerking dat de Europese Commissie zelf niet duidelijk aangeeft welke van de twee moet worden gekozen (vgl. par. 2.4).

Uit *Commissie/BRD* blijkt de noodzaak van een ‘volledige en controleerbare inventarisatie van de uitzonderingen’. Dat betekent dat de lidstaten in ieder geval een lijst of catalogus in enigerlei vorm moeten opstellen.⁶⁴ Verder stelt het Hof in de zojuist genoemde arresten een aantal duidelijke eisen aan de lidstaten: de lijst of catalogus met uitgezonderde beroepsactiviteiten moet transparant zijn, uitgaan van objectieve criteria, de inhoud moet periodiek worden gecontroleerd aan de hand van de vraag of de sociale ontwikkeling de uitzondering nog langer rechtvaardigt. Ook moet de lijst of catalogus ter controle aan de Commissie worden voorgelegd. In de juridische literatuur is weinig commentaar geleverd op de eisen die het Hof stelt aan de vorm van de regeling. Wel is het belang onderstreept voor individuele rechthebbenden bij de eis dat een regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten transparant moet zijn. Zowel Ellis als Fenwick hebben in dat verband naar voren gebracht dat het voor een werkelijk transparante regeling nodig is dat het Hof de inhoudelijke eisen aanscherpt.⁶⁵

2.6 Voorstel tot herziening van EG-richtlijn 76/207

In juni 2000 presenteerde de Europese Commissie een voorstel tot herziening van EG-richtlijn 76/207. Een belangrijke reden voor dit herzieningsvoorstel was de wens om de rechtspraak van het HvJEG inzake de huidige richtlijn te codificeren. Een andere belangrijke reden was de behoefte om een zo groot mogelijke overeenstemming te bereiken tussen wetgeving op het gebied van gelijke behandeling op grond van geslacht en op het gebied van de andere gronden die de anti-discriminatie-richtlijnen op basis van artikel 13 EG-verdrag noemen. Het betreft de eerdergenoemde rasrichtlijn en kaderrichtlijn. Ten tijde van het schrijven van dit rapport was niet duidelijk wanneer de onderhandelingen over de definitieve tekst van het herzieningsvoorstel afgerond zullen zijn. Wel zijn inmiddels al wijzigingen in de voorgestelde teksten aangebracht. Hier is de meest recente tekst het uitgangspunt voor de bespreking

⁶⁴ Zie voor dezelfde conclusie: Prechal & Burrows 1990, p. 146, 148 en 157.

⁶⁵ Ellis 1998, p. 240; Fenwick 1996, p. 71.

Eén van de wijzigingsvoorstellen betreft artikel 2 lid 2; artikel 9 lid 2 wordt onverlet gelaten. De Nederlandse vertaling van de voorgestelde tekst van artikel 2 lid 2 luidt:

De lidstaten kunnen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces bepalen dat een verschil in behandeling die⁶⁶ gebaseerd is op een eigenschap die verband houdt met het geslacht, geen discriminatie vormt indien een dergelijke eigenschap wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de voorwaarden voor de uitoefening ervan en, in voorkomende geval de hiervoor noodzakelijke opleidingen, een wezenlijke beroepskwalificatie vormt. Afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling dienen binnen de grenzen te blijven van wat passend en noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.

Blijkens overweging 5 van de preambule wordt met deze wijziging beoogd de beroepsactiviteiten die de lidstaten mogelijk van de werkingssfeer van de richtlijn willen uitsluiten, te beperken. De wijziging zou ook nodig zijn om te verduidelijken dat sommige activiteiten volgens de rechtspraak van het Hof niet kunnen worden uitgesloten. De toelichting bij het herzieningsvoorstel verplicht de lidstaten een verbod van bepaalde functies voor vrouwen te motiveren met een beroep op het feit dat het geslacht van de werknemer een bepalende factor vormt (p. 2). In de toelichting wordt de nieuwe regeling van de uitgesloten beroepsactiviteiten verduidelijkt door te verwijzen naar een aantal essentiële overwegingen uit de arresten *Johnston*, *Sirdar* en *Kreil* en andere relevante arresten (p. 7-8). Volgens de toelichting is de belangrijkste conclusie die uit deze arresten kan worden getrokken “(...) dat de ‘zekere beoordelingsmarge’ waarover de lidstaten beschikken om sommige beroepsactiviteiten van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten, aan strikte criteria onderhevig is. Ten eerste mag de uitsluiting alleen voor specifieke functies gelden. En ten tweede zijn lidstaten verplicht op gezette tijden de rechtmatigheid van de uitsluiting opnieuw te beoordelen, zodat een uitsluiting die op een gegeven ogenblik toelaatbaar was, vervolgens niet langer gerechtvaardigd kan zijn”. Voor wat dit laatste aspect betreft wordt verwezen naar het beroep van verloskundige dat vijftien jaar na het wijzen van het arrest *Commissie/Verenigd Koninkrijk* in alle lidstaten volledig open stond voor mannen. De betekenis van het vereiste van doorzichtigheid ten einde een doeltreffende controle door de Europese Commissie mogelijk te maken in *Commissie/Frankrijk* wordt in de toelichting eveneens onderstreept. De term ‘wezenlijke beroepskwalificatie’ zou zorgvuldig gehanteerd moeten worden en alleen gebruikt voor die beroepskwalificaties waarbij een bepaald geslacht noodzakelijk is om de activiteiten in kwestie uit te oefenen. Gevallen van verschillende behandeling op grond van geslacht zouden dus eerder uitzondering dienen te zijn.

66 Hier zou ‘dat’ moeten staan.

Commentaar

Een vergelijking van het herzieningsvoorstel met de huidige tekst van artikel 2 lid 2 ligt voor de hand in verband met de vraag of het herzieningsvoorstel reden geeft om de Nederlandse regeling te wijzigen.

In dat verband wordt hier de tekst van het huidige artikel 2 lid 2 weergegeven:

Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.

De (voorgestelde) nieuwe bepaling is concreter is dan de huidige tekst en wijkt hiervan op meerdere punten af. De toevoeging dat de lidstaten de regeling alleen kunnen benutten ten aanzien van ‘de toegang tot het arbeidsproces’, berust niet op de rechtspraak. Het is echter wel van oudsher de opvatting van de Europese Commissie geweest.

Overige nieuwe elementen vormen rechtstreekse codificatie van de jurisprudentie. Dit geldt ten eerste voor de toevoeging dat alleen ‘specifieke’ beroepsactiviteiten uitgezonderd mogen worden en ten tweede voor het opnemen van de term ‘wezenlijke beroepskwalificatie’. Volgens de toelichting is het de bedoeling van deze term om te benadrukken dat alleen bij wijze van uitzondering van de bevoegdheid van artikel 2 lid 2 gebruik mag worden gemaakt. Dit stemt overeen met de strikte uitleg van de bepaling die volgens het Hof nodig is. In de toelichting is geen aandacht geschonken aan de ruimte die het Hof laat voor het hanteren van seksestereotype opvattingen bij beleid inzake de openbare veiligheid. Een derde element uit de jurisprudentie is de slotzin van het nieuwe artikel 2 lid 2 waarin de verplichting tot de toepassing van het evenredigheidsbeginsel is omschreven. Het gaat echter alleen om het eerste aspect van dit beginsel, het tweede aspect is niet gecodificeerd. In de toelichting bij het herzieningsvoorstel wordt hieraan geen aandacht geschonken.

De FNV is van mening dat de jurisprudentie van het Hof onvoldoende in de tekst van artikel 2 lid 2 zelf is verwerkt. De verwijzingen naar deze rechtspraak in de toelichting zouden onvoldoende duidelijkheid scheppen.⁶⁷

Geconcludeerd kan worden dat uit de tekst van de nieuwe bepaling en de toelichting hierop in ieder geval blijkt dat het de bedoeling is dat de manier waarop het Hof de huidige regeling uitlegt, grotendeels in stand zal worden gelaten.

In verband met de vraag of en in hoeverre er sprake is van samenval van geslachtsbepaaldheid en rasbepaaldheid ligt ook een vergelijking met de ras- en de kader-richtlijn in de rede. In het algemeen hanteren laatstgenoemde documenten in diverse bepalingen andere termen dan het herzieningsvoorstel voor richtlijn 76/207. Maar onderling gebruiken de ras- en kaderrichtlijn wel dezelfde termen. In de

⁶⁷ FNV 2001, p. 6.

commentaren op de richtlijnen is dit door alle auteurs bekritiseerd omdat het niet bevredigend wordt gevonden dat richtlijnen die een zelfde materie regelen niet gelijkkluidend zijn.⁶⁸

Ook artikel 4 van de rasrichtlijn, dat overeenkomt met artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 gebruikt andere termen. De bepaling luidt:

Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

De verschillen tussen deze bepaling en het voorgestelde nieuwe artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 zijn de volgende:

- Artikel 2 lid 2 is strikter geformuleerd in de zin dat daar het maken van verschil in behandeling alleen is toegestaan bij de toegang tot het arbeidsproces. Artikel 4 kent deze beperking niet.
- De Nederlandse vertaling van artikel 2 lid 2 van het herzieningsvoorstel voor richtlijn 76/207 spreekt over 'eigenschap' terwijl de Nederlandse vertaling van artikel 4 van de rasrichtlijn spreekt over 'kenmerk'. Omdat de Engelse tekst van beide documenten de term 'characteristic' gebruikt, zal het hier gaan om een verschil in vertaling van het woord 'characteristic'. De term 'eigenschap' lijkt minder juist omdat deze de suggestie kan wekken dat persoonlijke eigenschappen van een individu een reden kunnen zijn voor een verschil in behandeling.
- Artikel 2 lid 2 van het herzieningsvoorstel spreekt over 'de voorwaarden voor de uitoefening van specifieke beroepsactiviteiten' en artikel 4 van de rasrichtlijn over 'de context waarin de specifieke beroepsactiviteiten worden uitgevoerd'.
- Artikel 2 lid 2 van het herzieningsvoorstel hanteert alleen het woord 'wezenlijk', terwijl artikel 4 van de rasrichtlijn spreekt over 'wezenlijke en bepalende beroepsactiviteiten'.
- Artikel 4 eindigt met de woorden '(...) mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is'. Artikel 2 lid 2 zegt daarentegen dat afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling binnen de grenzen moeten blijven van wat passend en noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. In het advies ter zake van het NJCM wordt aandacht geschonken aan het gegeven dat artikel 4 van de rasrichtlijn de toepassing van het evenredigheidsbeginsel op een andere manier omschrijft. De voorkeur wordt uitgesproken voor de omschrijving in de rasrichtlijn.⁶⁹

68 Rodrigues 2000; Veldman 2000; Waddington 2000; Burri 2001; Goldschmidt 2001; Holtmaat 2001.

69 NJCM 2000, p. 3-4.

- Bij de formulering van artikel 2 lid 2 maakt de toetsing van het doel niet expliciet deel uit van de vraag naar de rechtvaardiging van een directe discriminatie zoals het uitzonderen van beroepen op grond van geslachtsbepaaldheid. De formulering van artikel 4 van de richtlijn sluit aan bij die van de indirecte discriminatietoets en noemt de noodzaak van de doeltoetsing expliciet. Het is zeer de vraag of het verschil in formulering tot een verschil in de omvang van toetsing zal leiden. Bij de toetsing in het kader van een vermeende directe discriminatie ligt het accent op vragen als: betreft de uitsluiting specifieke beroepsactiviteiten? Is er sprake van wezenlijke beroepskwalificaties? Enzovoorts. De vraag naar de legitimiteit van het omstreden beleid of de omstreden beslissing ligt besloten in die vragen. Een directe discriminatie die gebaseerd is op een niet-legitiem doel is in wezen een contradictio in terminis. Een en ander neemt niet weg dat het gebruik van verschillende begrippen verwarrend is en een eenduidigheid in terminologie daarom te prefereren.

Afsluitend valt op te merken dat de tekst van artikel 2 lid 2 van het herzieningsvoorstel in dit rapport alleen een beperkte rol kan spelen omdat niet duidelijk is of het voorstel tot een definitieve wijziging van EG-richtlijn 76/207 zal leiden. De uitgesproken intentie om de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de uitleg van de richtlijn te codificeren, is in ieder geval te beschouwen als een onderstreping van het belang van de door het Hof geformuleerde regels.

2.7 Conclusie

Ten aanzien van de vraag welke ontwikkelingen met betrekking tot artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 op EG-niveau plaatsvonden valt het volgende te constateren.

De lidstaten hebben aanvankelijk een ruim gebruik gemaakt van de regeling van artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207. Er was sprake van een grote verscheidenheid van beroepen en beroepsactiviteiten die als geslachtsbepaald werden aangemerkt. Voor alle lidstaten gold dat vrouwen beduidend vaker werden uitgesloten dan mannen. Sekstereotype opvattingen speelden daarbij een duidelijke rol. De Commissie heeft daarom lange tijd scherp toezicht uitgeoefend en inbreukprocedures gestart tegen meerdere lidstaten. Tot de tweede helft van de jaren tachtig heeft de Commissie diverse activiteiten ondernomen. Dit heeft geleid tot aanpassing van wet- en regelgeving door de lidstaten op de manier die de Commissie voor ogen stond. Drie keer zag de Commissie zich genoodzaakt om beroep in te stellen bij het HvJEG. Daarnaast heeft dit Hof in drie prejudiciële procedures uitleg gegeven aan artikel 2 lid 2 jo. 9 lid 2. In de laatste arresten van 1999 en 2000 speelde de volledige uitsluiting van vrouwen van een bepaald gevechtsonderdeel van het Britse leger en de uitsluiting van vrouwen van alle functies van de gewapende dienst van de Duitse krijgsmacht. Het valt op dat deze uitsluiting van vrouwen decennia heeft kunnen voortduren zonder enig ingrijpen van de Commissie.

Het Hof heeft eisen gesteld aan zowel de vorm als de inhoud van een richtlijnconforme regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Deze eisen

moeten worden betrokken bij het beantwoorden van de vraag of en zo ja, op welke manier de Nederlandse regeling moet worden bijgesteld. In paragraaf 2.5.1 zijn de belangrijkste regels van het Hof met betrekking tot de inhoud samengevat en in paragraaf 2.5.2 de regels betreffende de vorm van een richtlijnconforme regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Deze regels stellen grenzen aan mogelijke voorstellen tot wijziging van de Nederlandse regeling. De regels die het Hof in de loop der tijd heeft ontwikkeld, kunnen mogelijkserwijs ook aanleiding zijn om de huidige Nederlandse regeling te herzien.

In het herzieningsvoorstel van EG-richtlijn 76/207 is de betekenis van deze jurisprudentie onderstreept. Omdat niet duidelijk is of en wanneer het voorstel tot een definitieve wijziging van de richtlijn zal leiden, is die intentie vooralsnog het belangrijkste.

Met het oog op vragen rond samenloop van ras- en geslachtsbepaaldheid is het van belang om vast te stellen dat de regeling voor rasbepaalde beroepsactiviteiten in artikel 4 van de rasrichtlijn anders is geformuleerd dan artikel 2 lid 2 van het herzieningsvoorstel.

3. Geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in nationale wet- en regelgeving

3.1 Inleiding

De vorm en de inhoud van een regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten is in de periode van 1979 tot 1994 onderwerp geweest van diverse wetten, (concept) wetsvoorstellen, nota's en adviezen. De mate van belangstelling voor het onderwerp varieerde in de tijd en hing onder andere af van de druk die de Europese Commissie uitoefende op een correcte naleving van de artikelen 2 lid 2 en 9 lid 2 EG-richtlijn 76/207.

De eerste bepaling over geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten maakte deel uit van de WGB(oud) en dateert van 1980. Volgens de Europese Commissie voldeed de bepaling niet aan de eisen van de richtlijn. Mede daarom was in 1985 de regeling van de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten één van de vier zwaartepunten van het concept-wetsvoorstel dat voorzag in reparatie van de verschillende gelijke-behandelingswetten (hierna: concept-Reparatiewet).⁷⁰ De conceptregeling geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten uit dit voorstel is de voorloper van de thans geldende regeling van artikel 5 lid 2 en 3 WGB m/v en het WGB-besluit. De bepalingen uit de concept-regeling zijn grotendeels overgenomen in het wetsvoorstel Reparatiewet⁷¹ dat in 1987 bij de Tweede Kamer werd ingediend en in het WGB-besluit. Een aantal kritische kanttekeningen uit adviezen van de Emancipatieraad (ER), de Sociaal-Economische Raad (SER) en de CGB(oud) zijn hierin verwerkt. Het wetsvoorstel heeft uiteindelijk geresulteerd in de thans geldende WGB m/v die in juli 1989 in werking trad.

De belangrijkste discussies over de inhoud van de nationale regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten zijn gevoerd rondom de concept-Reparatiewet. De concept-regeling krijgt in dit hoofdstuk dan ook de nodige aandacht. Na indiening van de Reparatiewet is de inhoud van de regeling nauwelijks meer ter discussie gesteld. Zo maakte de regeling als een vaststaand gegeven deel uit van wets-

70 Concept-wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, op 14 maart 1985 ter advisering voorgelegd door de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Emancipatieraad, Sociaal-Economische Raad, het Centraal Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken, Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid in de burgerlijke openbare dienst, alsook toegespitst op de regeling inzake het aanbieden van een betrekking aan de Stichting Reclame Code; het concept-wetsvoorstel is opgenomen als bijlage 1 in SER 1985.

71 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908.

voorstellen die de voorlopers zijn van de AWGB.⁷² Ook tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB waren geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten nauwelijks een bespreekpunt.

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal waarom de regeling de huidige vorm en inhoud heeft gekregen. Aan de hand van wetgeving, (concept)wetsvoorstellen, nota's en commentaren in adviezen en juridische literatuur wordt de ontwikkeling geschetst van de regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten, zoals die thans bestaat. De aandacht gaat uit naar de manier waarop aan de regeling vorm is gegeven, naar de reikwijdte en naar de gronden die zijn aangevoerd om beroepscategorieën als geslachtsbepaald aan te merken.

Achtereenvolgens komen aan de orde de WGB(oud) juncto de WGBbod (par. 3.2), het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling (par. 3.3), de Reparationenota (par. 3.4), de concept-Reparatiewet (par. 3.5), de WGB m/v en het WGB-besluit (par. 3.6), de AWGB en het AWGB-besluit (par. 3.7).

3.2 WGB(oud) en WGBbod (1980-1989)

De eerste nationale regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten maakte deel uit van de WGB(oud), artikel 1637ij BW (thans art. 7:646 BW) en de WGBbod. De WGB(oud) en artikel 1637ij BW golden in hoofdzaak voor de particuliere sector en de WGBbod gold voor de burgerlijke openbare dienst. Deze gescheiden wetgeving voor de particuliere sector en de overheidssector werkte door in het handhavingapparaat: er was een CGB(oud) en een CGBbod.

3.2.1 Wetsgeschiedenis

Vorm

In de WGB(oud) was de uitzondering voor de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten als volgt geformuleerd: “het verbod om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen is niet van toepassing in de gevallen waarin het geslacht bepalend is”. De WGBbod kende een overeenkomstige regeling. De gelijkebehandelingswetgeving volstond met de omschrijving van deze open norm. De strekking en de reikwijdte van de uitzondering waren in de wet zelf niet nader aangegeven.

Reikwijdte

De WGB(oud), en daarmee de uitzondering voor beroepen waarvoor het geslacht bepalend is, was van toepassing op het hele terrein van de arbeid waarvoor het wettelijke discriminatieverbod gold. Het betrof:

72 Deze voorlopers zijn: een initiatiefwetsvoorstel van een Wet tegen discriminatie en een regeringsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling, resp. *Kamerstukken II* 1986/87, 20065 en *Kamerstukken II* 1987/88, 20 501.

- het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht, in de arbeidsvoorwaarden, bij de bevordering en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (art. 1 lid 1 WGB(oud));
- de voorwaarden voor de toegang tot en de mogelijkheden tot ontplooiing binnen het vrije beroep (art. 2 WGB(oud));
- de advertentie waarin een betrekking aangeboden wordt of bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking (art. 3 lid 1 WGB(oud));
- de beroepskeuzevoorlichting en de toelating tot een beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding of cursus voor bijscholing of omscholing (art. 4, leden 1 en 2 WGB(oud)).

De WGBbod verklaarde de uitzondering van toepassing op de aanstelling tot ambtenaar of de indienstneming op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, in de beloning en de andere arbeidsvoorwaarden, bij het verstrekken van onderricht, bij de bevordering en bij de beëindiging van het dienstverband (art. 1 lid 1 jo. art. 1 lid 4 sub a).⁷³

Inhoud uitzondering

Aan de inhoud van de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten is alleen tijdens de parlementaire behandeling van de WGB(oud) nadere invulling gegeven. Bij de behandeling van de WGBbod waren de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten geen onderwerp van bespreking. De regeling kreeg inhoud aan de hand van gegeven voorbeelden van geslachtsbepaalde beroepen en beroepsopleidingen enerzijds, en bij de bespreking van de vraag of het mogelijk is om criteria te geven aan de hand waarvan beslist kan worden of het geslacht bepalend kan zijn voor bepaalde beroepen anderzijds.

Bij wijze van voorbeeld zijn een aantal beroepen de revue gepasseerd die geslachtsbepaald zouden kunnen zijn. Als ‘in het oog lopende voorbeelden’ zijn genoemd het beroep van zanger of zangeres en dat van toneelspeler of toneelspeelster. De functie van visiteur of visiteuse is als voorbeeld gegeven van een geslachtsbepaalde functie op grond van geldende maatschappelijke opvattingen. Hieraan werd toegevoegd dat de strekking van EG-richtlijn 76/207 meebrengt dat niet te snel kan worden aangenomen dat het geslacht bepalend is voor de functie in kwestie.⁷⁴ Bij de functie van visiteur/visiteuse is er sprake van een samenhang tussen de aard van het werk en het geslacht als bepalende factor, maar de ‘aard van het werk’ zou zeker niet als een afzonderlijke uitzonderingsgrond in de wet moeten worden opgenomen.⁷⁵ In het kader van de beroepsopleiding is gewezen op bepaalde kerkelijke opleidingen, zoals priesteropleidingen waarbij de uitoefening van het beroep ingevolge kerkelijke voorschriften aan mannen is voorbehouden.⁷⁶ Daarbij

⁷³ Omdat de artikelen 3 en 4 WGB(oud) ook van toepassing waren op de overheidswergever, kwamen bepalingen van gelijke strekking niet voor in de WGBbod.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1978/79, 15 400, nr. 3, p. 11.

⁷⁵ *Kamerstukken I* 1979/80, nr. 14, p. 3; *Kamerstukken I* 1979/80, nr. 14a, p. 3.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 1978/79, 15 400, nr. 3, p. 15.

werd geen aandacht geschonken aan de verhouding tussen godsdienstvrijheid en het verbod om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. Wel is overwogen dat het wetsontwerp niet treedt in het beleid van kerkgenootschappen bij de aanstelling in geestelijke ambten, onder meer omdat het EG-Verdrag, dat de basis is van de gelijke behandelingsrichtlijnen, geen betrekking heeft op geestelijke ambten.⁷⁷

Op de vraag om criteria te geven aan de hand waarvan beslist kan worden of het geslacht bepalend is voor bepaalde beroepen, reageerde de regering afwijzend. De CGB en de rechter zouden erop moeten toezien dat het toepassingsgebied van de bepaling zo beperkt mogelijk blijft. Uit het gebruik van het woord ‘bepalend’ en uit de voorbeelden van de memorie van toelichting zou blijken dat een enge interpretatie nodig is in de zin dat het moet gaan om gevallen waarin naar objectieve maatstaven het geslacht bepalend is.⁷⁸ In verband met deze benadering is de regering gevraagd zich uit te spreken over de vraag in hoeverre opvattingen over mannelijkheid en vrouwelijkheid een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling rechtvaardigen, te meer daar criteria die gebaseerd zijn op het fysieke verschil tussen mannen en vrouwen in de praktijk erg opgerekt kunnen worden en op ouderwetse opvattingen kunnen stoelen. Het antwoord luidde dat geslachtsbepaaldheid eng moet worden opgevat en dat de grens moeilijk is te trekken. Wijd verbreide opvattingen, die ook als vooroordelen kunnen worden aangeduid, zouden de weg niet mogen wijzen.⁷⁹ In een eerder stadium van de parlementaire behandeling was overwogen dat het niet bezwaarlijk is om in het arbeidsbestel rekening te houden met verschillende aanleg en voorkeuren van individuen en dat daarbij ook kenmerken behoren die in onze cultuur als mannelijk en vrouwelijk worden beschouwd. Het ligt voor de hand om bij het aantrekken van werknemers die zwaar lichamelijk werk moeten verrichten, rekening te houden met de lichaamskracht van sollicitanten, zo werd overwogen. Hieraan werd toegevoegd dat er geen reden is om vrouwen die over voldoende lichaamskracht beschikken en die dergelijk werk willen verrichten, de toegang tot het werk te ontfemen. Het zou ook niet juist zijn om er bij voorbaat vanuit te gaan dat een vrouwelijke sollicitant niet in aanmerking komt. Omgekeerd zou er geen reden zijn om mannen die zich tot bij voorbeeld verplegende en verzorgende beroepen aangetrokken voelen deze mogelijkheid te onthouden.⁸⁰

In de parlementaire stukken is gesproken over ‘beroepen’ en ‘functies’ die mogelijk geslachtsbepaald zouden kunnen zijn terwijl artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 spreekt over ‘beroepsactiviteiten’. Aan dit verschil in terminologie is geen aandacht geschonken.

77 *Kamerstukken II 1978/79*, 15 400, nr. 6, p. 10-11; voor Van der Weele was dit reden om op te merken dat het bij de beleidsvrijheid van de kerken in Nederland niet in de eerste plaats gaat om de werkingssfeer van het verdrag, maar om de werkingssfeer van de WGB, Van der Weele 1983, p. 91.

78 *Kamerstukken II 1978/1979*, 15 400, nr. 6, p. 14.

79 *Handelingen II 1978/79*, p. 5761 en p. 5810.

80 *Kamerstukken II 1978/79*, 15 400, nr. 6, p. 10.

3.2.2 *Commentaren in de literatuur*

In de juridische literatuur is het nodige commentaar geleverd op de visie van de wetgever op de manier van regelen van geslachtsbepaaldheid als uitzonderingsgrond in de WGB(oud) en de WGBbod. Het had voornamelijk betrekking op de reikwijdte en de inhoud van de uitzondering.

Reikwijdte uitzondering

Vanuit het NJCM is kritiek geleverd op de open norm van de uitzonderingsbepaling. De wettelijke formulering zou de rechter bij de beoordeling van hem voorgelegde gevallen een te ruime beleidsmarge bieden, ondanks het feit dat in de memorie van toelichting was vermeld dat de uitzondering niet extensief geïnterpreteerd mag worden. De suggestie werd gedaan om aan de hand van beroepencatalogi na te gaan welke beroepen precies voor de uitzondering in aanmerking komen. Dit zou vervolgens kunnen leiden tot een stringentere formulering van de uitzondering omdat gedacht werd dat dit erg weinig beroepen zouden zijn.⁸¹

Ook Rood was van oordeel dat reikwijdte van de uitzondering te ruim was.⁸² De mogelijkheid om de uitzonderingsgrond te laten doorwerken in de beroepsopleidingen, de promotie en het ontslag zou niet te rechtvaardigen zijn. Fase en Van der Heijden onderschreven deze kritiek en voerden aan dat een beroep op geslachtsbepaaldheid bij de arbeidsvoorwaarden evenmin te rechtvaardigen is.⁸³

Inhoud uitzondering

Rood stelde de vraag of beroepen als zanger(es) en toneelspeler/speelster wel zulke in het oog lopende voorbeelden zijn van geslachtsbepaalde beroepen. Zou het uit oogpunt van het bevorderen van mentaliteitsverandering niet beter zijn om vrouwen en mannen de beide mogelijkheden aan te bieden en de beste gegadigde te kiezen? De verwijzing in de memorie van toelichting naar geslachtsbepaaldheid van beroepen op grond van maatschappelijke opvattingen merkte Rood als riskant aan. In dit verband wierp hij de vraag op hoe ver maatschappelijke opvattingen mogen gaan. Kunnen ze bijvoorbeeld zover gaan dat voor het beroep van straatveger alleen mannen in aanmerking komen omdat onze opvattingen over welvaart zouden kunnen beletten een vrouw zulk werk te zien (laten) doen?⁸⁴ Later wees ook Van der Weele de maatschappelijke opvattingen als leidraad van de hand omdat aan de 'huidige maatschappelijke opvattingen' een groot aantal vooroordelen en misvattingen ten grondslag liggen. Zij stelde als voorwaarde dat aan de aard van de werkzaamheden objectieve redenen moeten kunnen worden ontleend, hetgeen voor selectiecriteria zou betekenen dat gestelde eisen werkelijk relevant moeten zijn voor de inhoud van de functie.⁸⁵ Zowel Rood als Van der Weele waren van

81 Crisham, Gast & Van der Heijden 1979, p. 39.

82 Rood 1979.

83 Fase & Van der Heijden 1982, p. 89-90.

84 Rood 1979.

85 Van der Weele 1983, p. 89.

mening dat een beroep op maatschappelijke opvattingen in tegenspraak is met het doel van de WGB(oud) om een mentaliteitsverandering te weeg te brengen ten aanzien van het verrichten van betaalde arbeid door zowel mannen als vrouwen.

Govers introduceerde als eerste de mogelijke botsing van grondrechten in de discussie over geslachtsbepaaldheid. Hij meende dat bij een beroep op geslachtsbepaaldheid geabstraheerd moet worden van maatschappelijke/culturele opvattingen. De grens van de abstractie wordt overschreden op het moment dat het beginsel van gelijke behandeling botst met een ander grondrecht. Dit kan bijvoorbeeld de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam zijn, de godsdienstvrijheid of de vrijheid van meningsuiting. Het belang van de beide grondrechten moet dan in de concreto worden afgewogen. Govers meende dat voor de vraag of voor een bepaald beroep het geslacht bepalend is – afgezien van een enkele uitzonderlijke technische voorwaarde zoals mannelijk en vrouwelijke zangstemmen – gekeken moest worden naar de vraag of het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen al dan niet opweegt tegen een ander grondrecht.⁸⁶

3.2.3 *Samenvatting en conclusie*

Het uitgangspunt in de WGB(oud) en de WGBbod was dat functies en beroepsactiviteiten niet geslachtsbepaald zijn en dat het geslacht daarom geen reden mag zijn om onderscheid te maken. Deze wetgeving volstond met de open norm dat het verbod om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen niet van toepassing is in de gevallen waarin ‘het geslacht bepalend’ is. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in een beperkt aantal gevallen functies en beroepsactiviteiten als geslachtsbepaald kunnen worden aangemerkt vanwege:

- fysieke eigenschappen die vereist zijn, of vereist worden bevonden (voorbeeld: acteur/actrice)
- geldende maatschappelijke opvattingen (voorbeeld: visiteur/visiteuse)
- kerkelijke voorschriften (voorbeeld: priester).

Er zijn bewust geen criteria aangereikt aan de hand waarvan zou kunnen worden beslist of beroepsactiviteiten geslachtsbepaald kunnen zijn. Geslachtsbepaaldheid zou in ieder geval eng geïnterpreteerd moeten worden aan de hand van objectieve maatstaven. Maatschappelijke opvattingen zijn daarbij echter niet als maatstaf uitgesloten. Vooroordelen zouden geen richtsnoer mogen zijn. Daarom zou een factor als lichaamskracht een functie of beroep niet geslachtsbepaald kunnen maken omdat er niet bij voorbaat vanuit kan worden gegaan dat vrouwen niet over de vereiste lichaamskracht beschikken.

Een beroep op geslachtsbepaaldheid was mogelijk gedurende het hele traject van de arbeid.

In de juridische literatuur zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij de reikwijdte en de inhoud van de regeling van geslachtsbepaaldheid in de WGB(oud) en de

⁸⁶ Govers 1981, p. 58-59.

WGBbod. In de literatuur is de regeling echter nooit aan een gedetailleerd onderzoek onderworpen. Een systematische toetsing bijvoorbeeld aan de hand van artikel 2 lid 2 jo. 9 lid 2 EG-richtlijn 76/207 en de jurisprudentie van het HvJEG is nooit verricht. De uitzondering is slechts als één van de vele te bespreken onderwerpen van de WGB(oud) en de WGBbod aan de orde geweest.

De meeste aandacht ging daarbij uit naar de *inhoud van de regeling*, met name het feit dat maatschappelijke opvattingen maatstaf kunnen zijn, heeft kritiek ontmoet. Govers heeft in de discussie het duidelijkst stelling genomen met de mening dat van deze opvattingen moet worden geabstraheerd en dat pas een grens is bereikt op het moment dat het verbod om onderscheid te maken op grond van geslacht in botsing komt met een andere grondrecht. Bij een dergelijke botsing van grondrechten dient een serieuze afweging plaats te vinden en zou er reden kunnen zijn een beroep als geslachtsbepaald aan te merken.

3.3 Voorontwerp van een wet gelijke behandeling (1981)

In september 1981 werd een Voorontwerp van een algemene wet gelijke behandeling⁸⁷ ter advisering voorgelegd aan diverse adviesorganen en maatschappelijke organisaties. Dit Voorontwerp behelsde meer verboden discriminatiegronden dan alleen geslacht en besloeg een breder terrein dan alleen de arbeid. Hoewel het voorontwerp nooit wet is geworden, plaatste het de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten opnieuw op de agenda.

De verboden discriminatiegronden waren geslacht, homofilie en burgerlijke staat. Het maken van onderscheid werd niet toegestaan bij de arbeid en evenmin bij het aanbieden of leveren van goederen en diensten en het ter zake contracteren. De WGB(oud) en de WGBbod maakten een geïntegreerd onderdeel uit van dit ontwerp en daarmee ook de regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Geslachtsbepaaldheid als uitzondering was ook aan de orde bij de andere maatschappelijke terreinen dan de arbeid.

Het Voorontwerp is met een memorie van toelichting ter advisering voorgelegd aan de ER, de SER en de beide Commissies Gelijke Behandeling. Het NJCM bracht op eigen initiatief een nota uit over het ontwerp.

In deze paragraaf is de regeling van geslachtsbepaaldheid in het Voorontwerp en de commentaren in de adviezen en nota's aan de orde. Vooraf valt op te merken dat de regering in het algemeen geen aanleiding zag om de inhoud te wijzigen van bepalingen die uit de WGB(oud) en de WGB bod waren overgenomen. Ook uit de memorie van toelichting blijkt dat het vanzelfsprekend is geweest om de opzet van de regeling van geslachtsbepaaldheid van de WGB(oud) en de WGBbod te volgen.

87 Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk, september 1981.

3.3.1 *Parlementaire geschiedenis*

Vorm

Het Voorontwerp regelde en formuleerde de uitzonderingsmogelijkheid voor beroepen waarvoor het geslacht een bepalende factor kon zijn, op dezelfde manier als de WGB(oud) en de WGBbod. Er was dus sprake van een open norm die niet nader werd toegelicht in de wet zelf.

Reikwijdte

Een beroep op geslachtsbepaaldheid was – analoog aan de WGB(oud) en de WGBbod – mogelijk tijdens het hele traject van de arbeid dat onder de werksfeer van het Voorontwerp viel.

De uitzonderingsmogelijkheid gold ook op de andere terreinen waarop de wet van toepassing zou zijn:

- het onderwijs (dus: niet alleen beroepsonderwijs) voor zover het gaat om opleidingen voor geslachtsbepaalde beroepen;⁸⁸
- het aanbieden of leveren van goederen en diensten en het contracteren ter zake voor zover het geslachtsbepaalde werkzaamheden betreft;
- bij dienstverlening op het terrein van de gezondheidszorg.

Inhoud

In de memorie van toelichting werden nieuwe voorbeelden van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten genoemd. Daar valt te lezen dat het geslacht van een werknemer in principe irrelevant is bij de aanstelling in een functie en bij de arbeidsvoorwaarden. Desondanks zou het kunnen voorkomen dat bepaalde fysieke kenmerken doorslaggevend zijn (zangeressen, toneelspelers), maar ook kan het voorkomen dat buitenlandse rechtsstelsels of diepgewortelde cultuurpatronen bepaalde beroepen alleen toegankelijk maken voor mannen of vrouwen. Dan is er een rechtvaardigingsgrond voor onderscheid op grond van geslacht. Werkgevers zullen met die doorslaggevende kenmerken of die beperkte toegankelijkheid rekening moeten kunnen houden. Als een zangkoor een alt wil aanstellen, zal in de wervingsadvertentie vermeld kunnen worden dat het om een vrouw gaat. Als de Minister van Ontwikkelingssamenwerking een gynaecologe wil aantrekken voor tewerkstelling in een land waar dit beroep alleen voor vrouwen toegankelijk is, zal bij de werving van kandidaten met die factor rekening worden gehouden.⁸⁹

Voor wat de dienstverlening op het terrein van de gezondheidszorg betreft, is overwogen dat geslachtsbepaaldheid een vanzelfsprekende uitzondering is omdat de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen kunnen doorwerken in deze vorm van dienstverlening. Als voorbeelden werden genoemd periodiek baarmoederhalskankeronderzoek, verloskundige zorg, inenting van meisjes tegen rode hond en onderzoek op risicofactoren bij mannen van 35 jaar in het kader van hart- en

⁸⁸ Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, september 1981, MvT, p. 75.

⁸⁹ Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, september 1981, MvT, p. 51-52.

vaatziekten.⁹⁰ Er werd niet ingegaan op de vraag of deze benadering wellicht meebracht dat de functie van degene die deze diensten verleende daardoor een geslachtsbepaalde functie werd.

3.3.2 Commentaren in adviezen en nota's

Vorm

De ER bepleitte om in de wet nauwkeurig en limitatief op te sommen in welke gevallen het geslacht bepalend kan zijn. Dit pleidooi kwam voort uit de kritiek op de ruimte die de memorie van toelichting bood voor maatschappelijk opvattingen bij de vraag of het geslacht bepalend was voor een bepaald(e) beroep(sactiviteit).

Het NJCM bepleitte opnieuw om aan de hand van beroepencatalogi een lijstje met beroepen te maken waarvan vast stond dat daar het geslacht bepalend is.⁹¹ In een later stadium toonden ook Geers en Brünott zich voorstander van een lijst met geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten omdat een dergelijke lijst meer duidelijkheid zou scheppen. Het gebrek aan heldere formulering van de uitzonderingen van de WGB (oud) zou één van de factoren zijn dat het aantal beroepen op geslachtsbepaaldheid niet wordt ingeperkt maar het bestaan van een grijze zone legitimeert.⁹²

Reikwijdte uitzondering

In de adviezen en nota's is weinig commentaar geleverd op de reikwijdte van de regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. De CGB(oud) was in het algemeen kritisch over de ruime formulering van de wettelijke uitzonderingen op het verbod van onderscheid, maar ging niet specifiek in op de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten.⁹³ De ER was van mening dat het Voorontwerp voor wat betreft het terrein van de arbeid, door het hanteren van een ruime, en niet concrete omschrijving van de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten, buiten de grenzen trad van artikel 2 lid 2 van de richtlijn 76/207. In het bijzonder wees deze raad er op dat het Voorontwerp een beroep op geslachtsbepaaldheid mogelijk maakte voor alle opleidingen en niet alleen voor opleidingen die een enge band met een beroep hebben en betreurde het ruime bereik van de betrokken bepalingen.⁹⁴

Inhoud uitzondering

Het SER-advies verwees voor de uitzondering inzake geslachtsbepaaldheid volledig terug naar het commentaar in een eerder door de SER uitgebrachte Nota gelijke behandeling mannen en vrouwen.⁹⁵ Aan de regeling van geslachtsbepaaldheid in het Voorontwerp besteedde het advies geen aandacht. In genoemde Nota verwees

90 Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, september 1981, MvT, p. 85-86.

91 Biesheuvel 1982, p. 92.

92 Brünott & Geers 1985, p. 463.

93 CGB 1982.

94 Emancipatieraad 1982, p. 42-44 en p. 120-122.

95 SER 1981, p. 24-25; SER 1982, p. 28.

de SER naar de opvatting van de Europese Commissie dat de lidstaten een te ruim gebruik maakten van de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en dat alleen van het discriminatieverbod zou mogen worden afgeweken als dit beslist noodzakelijk was om objectieve redenen die verband houden met de aard zelf van de betrekking.⁹⁶ De SER benadrukte ook dat het verschil in fysieke mogelijkheden tussen mannen en vrouwen een apart facet is van het al of niet geslachtsgebonden zijn van functies. Hiermee zou voorzichtig moeten worden omgegaan. Steeds zou moeten worden nagegaan of geldende functie-eisen nog relevant zijn gezien de inhoud van de functie en het beschikbaar zijn van technische hulpmiddelen. In dit verband valt op te merken dat in de memorie van toelichting bij het Voorontwerp criteria die fysieke eigenschappen van personen betreffen zoals lengte of lichaamskracht, als voorbeelden van indirect onderscheid zijn aangemerkt; zij werden dus niet onder de noemer van geslachtsbepaaldheid gebracht.⁹⁷

De ER waarschuwde ervoor dat het toestaan van maatschappelijke opvattingen als factor om geslachtsbepaaldheid aan te nemen, de functie van mentaliteitsverandering van de gelijkebehandelingswetgeving ernstig in gevaar kan brengen. Verder wees de ER op het risico om een regeling te treffen voor situaties waarbij het vanzelfsprekend is om lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen te laten doorwerken in de dienstverlening in de gezondheidszorg. Een hierop gerichte bepaling zou beter achterwege kunnen blijven omdat de bepaling niet uitsloot dat gedacht kon worden aan het geslachtsbepalend zijn van het beroep van werker in de gezondheidszorg.⁹⁸

3.3.3 *Samenvatting en conclusie*

De regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten van de WGB(oud) en de WGBbod was in het Voorontwerp ongewijzigd overgenomen. In de memorie van toelichting zijn de voorbeelden van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten uitgebreid met arbeid in buitenlandse rechtsstelsels (voorbeeld: gynaecologe in een land waar dit beroep alleen voor vrouwen openstaat). Een andere uitbreiding betrof geslachtsbepaaldheid bij dienstverlening op het terrein van de gezondheidszorg vanwege de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen met onder andere als voorbeeld periodiek baarmoederhalskankeronderzoek voor vrouwen.

Het is opvallend dat in de memorie van toelichting bij het geven van voorbeelden van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten veel minder terughoudendheid is betracht dan tijdens de parlementaire behandeling van de WGB(oud) het geval was. Dit is te meer opvallend omdat de Europese Commissie de mening al kenbaar had gemaakt dat de lidstaten een te ruime toepassing gaven aan de mogelijkheid van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207.

96 Europese Commissie 1981, vgl. hieromtrent par. 2.3 van het onderhavige onderzoeksrapport.

97 Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, september 1981, MvT p. 54

98 Emancipatieraad 1982, p. 121-123.

Het commentaar in de adviezen betrof hoofdzakelijk de inhoud van de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten; in veel mindere mate kwam de uitzondering voor geslachtsbepaaldheid op het terrein van de dienstverlening aan de orde. Alleen de ER ging hierop in. Kritische kanttekeningen die in de juridische literatuur zijn geplaatst bij de regeling, zijn terug te vinden in de adviezen. In het commentaar op de vorm van de regeling is gepleit voor een stringenter formulering en ook voor een lijst met geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Voor wat de inhoud van de regeling heeft de ER gewezen op het risico van het toestaan van een beroep op maatschappelijke opvattingen.

De SER als enige wees er op dat het verschil in fysieke mogelijkheden tussen mannen en vrouwen een apart facet was van het al of niet geslachtsgebonden zijn van functies. In de memorie van toelichting bij het Voorontwerp zijn daarentegen criteria die fysieke eigenschappen van personen betreffen zoals lengte of lichaamskracht aangemerkt als mogelijk indirect discriminerend.

3.4 Reparationenota (1983)

De noodzaak om de regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten van de WGB(oud) en de WGBod te herzien, kwam aan de orde in de Reparationenota gelijke behandeling van mannen en vrouwen van februari 1984.⁹⁹ Het was op dat moment duidelijk dat de Europese Commissie niet langer genoeg zou nemen met de bestaande regeling omdat deze niet als richtlijnconform werd beschouwd.

De Reparationenota bevatte meerdere voorstellen om het effect van bestaande wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen te verbeteren. De werking van de gelijkebehandelingswetgeving was inmiddels op tal van punten aan kritiek onderhevig: de regelgeving was versnipperd, de verbodsbepalingen waren te vaag en soms tegenstrijdig, de sanctionering was gebrekkig geregeld en de Commissies Gelijke Behandeling hadden onvoldoende mogelijkheden om ongelijke behandeling daadwerkelijk te bestrijden.¹⁰⁰

De regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten was één van de onderwerpen binnen dit geheel aan kritische kanttekeningen. Een verzoek vanuit de Tweede Kamer om met voorstellen te komen om de naleving van de gelijke behandeling te bevorderen,¹⁰¹ honoreerde de regering met het aanbieden van de Reparationenota. De nota kwam aan de kritiek tegemoet met diverse voorstellen tot verbetering van de bestaande wetgeving. Deze voorstellen zouden naderhand geconcretiseerd moeten worden in voorstellen van wet. In de Reparationenota kondigde de regering onder ander een wijziging van de wettelijke regeling inzake geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten aan.¹⁰²

99 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 269, nrs. 1-2.

100 Vgl. De Vroom 1987.

101 *Kamerstukken II* 1983/84, 17 600, XV, motie Ter Veld/Jabaaij.

102 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 269, nrs. 1-2, p. 25-26.

3.4.1 *Parlementaire geschiedenis*

De noodzaak tot wijziging van de wettelijke regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten is beargumenteerd met een verwijzing naar het met redenen omkleedde advies van de Europese Commissie van 20 mei 1983.¹⁰³ Dit advies zou een aanpassing van de nationale wetgeving nodig maken. Uit de Reparationenota blijkt niet dat de kritiek die door de adviesorganen en in de juridische literatuur is geuit op de bestaande regeling, mede reden is geweest voor deze beslissing.

De kritiek van de Europese Commissie betrof de vorm en de werkingssfeer van de Nederlandse regeling. In het onderstaande worden de bezwaren van de Commissie uiteengezet, alsmede de kanttekeningen van de regering bij een nieuwe regeling en de reacties vanuit de Tweede Kamer.

Vorm

De Europese Commissie uitte twee bezwaren tegen de vorm van de regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in de WGB(oud) en de WGBbod. Het eerste bezwaar gold de formulering. De omschrijving werd te ruim en te algemeen geformuleerd bevonden omdat zonder nadere definiëring eenvoudig werd bepaald dat het verbod om onderscheid te maken niet van toepassing is als het geslacht bepalend is. Hiermee stond volgens de Commissie de weg open voor een willekeurige interpretatie door de werkgever.

Het tweede bezwaar betrof het ontbreken van een 'lijst' van uitgesloten beroepsactiviteiten, hetgeen niet conform de eisen van richtlijn 76/207 werd geacht omdat artikel 2 lid 2 in samenhang met artikel 9 lid 2 tot de opstelling van een lijst zou nopen. Deze noodzaak vloeide volgens de Commissie voort uit de verplichting van artikel 9 lid 2 om op gezette tijden na te gaan of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de uitzondering met betrekking tot de in artikel 2 lid 2 bedoelde beroepsactiviteiten te handhaven.

In de Reparationenota stelde de regering zich op het standpunt dat een duidelijker omschreven uitzondering de naleving van de wet kon bevorderen. Wel zou ervoor gewaakt moeten worden dat het opstellen van een lijst van uitgezonderde beroepsactiviteiten een achteruitgang zou vormen ten opzichte van de bestaande situatie. Een voor algemene toepassing geschikte lijst van uitgesloten beroepsactiviteiten zou als risico meebrengen dat de uitzondering te ruim wordt. De Reparationenota kondigde de herziening van de formulering van de uitzondering aan. Tevens werd een AMvB met een lijst met uitgesloten beroepsactiviteiten in het vooruitzicht gesteld.¹⁰⁴ Naar aanleiding van kamervragen over de inhoud van de lijst, volgde de toezegging dat de beoogde AMvB in concept-vorm naar de SER, de ER en de beide Commissies Gelijke Behandeling zou worden verstuurd.¹⁰⁵

¹⁰³ Dit advies is opgenomen als bijlage II bij *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 269, nrs. 1-2, p. 25-26.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 269, nr. 4, p. 18-19.

Reikwijdte

De Europese Commissie maakte ook bezwaar tegen de ruime werkingssfeer van de Nederlandse wetgeving. Artikel 2 lid 2 EG-Richtlijn 76/207 zou niet toestaan dat de uitzonderingsmogelijkheid zich ook uitstrekt tot de promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden waaronder de ontslagvoorwaarden. De werkingssfeer diende beperkt te blijven tot de toegang tot beroepsactiviteiten, dan wel het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de hiervoor noodzakelijke opleidingen.

Inhoud

Bij de behandeling van de Reparationenota werden vanuit de Tweede Kamer vragen gesteld over de te hanteren criteria bij het opstellen van een beroepenlijst en over de rol die de CGB hierbij zou kunnen vervullen. Ook is gevraagd of op de lijst uitsluitend de direct geslachtsgebonden uitzonderingen zouden worden opgenomen of ook de uitzonderingen waarbij het geslachtsbepaalde sociaal-culturele achtergronden heeft. Als voorbeeld van dit laatste werd gewezen op de sociaal-culturele eis bij bepaalde bevolkingsgroepen dat meisjes of vrouwen alleen van vrouwen les mogen hebben of met vrouwen mogen werken.¹⁰⁶ Deze vragen werden niet concreet beantwoord, wel is aangekondigd dat een concept-regeling aan de adviesorganen zou worden voorgelegd.

3.4.2 Samenvatting en conclusie

In de Reparationenota heeft de regering de opvatting herzien dat de bestaande regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten zou voldoen aan de eisen van EG-richtlijn 76/207. Ook is overwogen dat een duidelijker omschreven uitzondering de naleving van de wet kan bevorderen. Het advies van de Europese Commissie bleek de noodzakelijke stok achter de deur te zijn om de regeling te herzien. Hierbij is wel op het risico gewezen dat een lijst met beroepsactiviteiten het risico kan meebrengen dat de uitzonderingsgrond als te ruim wordt opgevat.

Voor een richtlijnconforme regeling achtte de Europese Commissie een beperking van de werkingssfeer nodig tot de toegang van de beroepsactiviteiten en het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de hiervoor noodzakelijke opleidingen. Voor wat de vorm van de regeling betreft werd een omschrijving van ‘geslachtsbepaaldheid’ nodig gevonden en tevens het opnemen van een lijst met beroepsactiviteiten.

3.5 Concept-Reparatiewet (1985)

Na de Reparationenota verscheen een concept-Reparatiewet. Deze wet bevatte diverse voorstellen om de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving te bevorderen. Het voorstel voorzag in één wettelijke regeling voor gelijke behandeling en gelijke beloning van mannen en vrouwen bij de arbeid voor zowel de particuliere sector

106 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 269, nr. 3, p. 8.

als de burgerlijke openbare dienst. Tevens voorzag de concept-Reparatiewet in de herziening van diverse onderdelen van bestaande wetgeving. De herziening van de regeling inzake geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten was één van de vier zwaartepunten van de reparatie van de gelijkebehandelingswetgeving. De concept-Reparatiewet werd – zoals beloofd – onder andere ter advisering aangeboden aan de ER, de SER en de beide Commissies Gelijke Behandeling. Na voltooiing van de adviesronde zou een voorstel van wet aan de Tweede Kamer worden aangeboden.

In deze paragraaf is de regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten zoals voorgesteld in de concept-Reparatiewet aan de orde, alsook de commentaren in de adviezen.¹⁰⁷

3.5.1 *Parlementaire geschiedenis*

Vorm

In de concept-Reparatiewet werd de uitzondering inzake het geslacht als bepalende factor vastgelegd in een nieuw op te nemen artikel 5a. Deze bepaling bestond uit twee leden. Het eerste lid bevatte de algemene regel die bepaalde dat het verbod om onderscheid te maken van toepassing was “in gevallen waarin het gemaakte onderscheid de toegang betreft tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is”.

Artikel 5a lid 2 aanhef luidde: “Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot dan wel opleiden voor één of meer van de volgende categorieën: (...)”.

Volgend op deze aanhef somde artikel 5a lid 2 tien beroepscategorieën op. Deze lijst is verder aan de orde in het volgende hoofdstuk.

In de memorie van toelichting werd het advies van de Europese Commissie van mei 1983 ‘de’ reden genoemd voor de voorgestelde regeling. Aan de bezwaren van de Commissie was tegemoet gekomen door een algemene omschrijving van geslachtsbepaaldheid op te nemen die nauw aansloot bij de tekst van artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207, zo luidde de overweging. Ook voorzag de wet zelf in een lijst met beroepsactiviteiten. Zonder nadere toelichting werd overwogen dat het mogelijk was gebleken om een limitatieve lijst met uitgesloten beroepsactiviteiten in de wet zelf op te nemen en dat daarom was afgezien van de aanvankelijke bedoeling om een dergelijke lijst in een AMvB te regelen. Het tweede lid van artikel 5a bestond daarom uit een lijst met een limitatieve opsomming van tien categorieën geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en daarvoor noodzakelijke opleidingen.¹⁰⁸ Daarbij werd opgemerkt dat een limitatieve opsomming van groot belang is voor de rechtszekerheid. De keuze voor een limitatieve opsomming betekende echter

107 Omdat het advies van de CGBbod niet was niet te achterhalen is het buiten bespreking gebleven.

108 Concept-wetsvoorstel Reparatiewet, MvT, p. 5-6.

wel dat ook categorieën met een veronderstelde vanzelfsprekendheid in de lijst moeten voorkomen met als gevolg een groot aantal categorieën.

Bij de opstelling van de lijst zouden als algemene uitgangspunten de opvattingen van de Europese Commissie en artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 in haar context een rol hebben gespeeld. Gezien de jurisprudentie van het HvJEG zou de eerbiediging van fundamentele rechten van de mens tot deze context behoren. Als voorbeelden van deze fundamentele rechten werden genoemd, naast de opheffing van discriminatie op grond van geslacht, bescherming van de vrijheid van meningsuiting, godsdienstvrijheid, eerbiediging van het privé-leven, gezinsleven, huis en briefwisseling.¹⁰⁹

In de memorie van toelichting werd niet aangegeven op welke concrete manier de voorgestelde lijst tot stand was gekomen. Uit het artikelsgewijs commentaar bij artikel 5a blijkt evenwel dat meerdere voorbeelden van beroepsactiviteiten rechtstreeks zijn ontleend aan het Belgisch Koninklijk Besluit van 8 februari 1979 “tot vaststelling van de gevallen waarin melding wordt gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit”.¹¹⁰

Reikwijdte uitzondering

Artikel 5a lid 1 beperkte de mogelijkheid van het beroep op geslachtsbepaaldheid tot de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen. In verband met de verwijzing naar de artikelen 1a, 2, 3 en 4 van de concept-Reparatiewet was de bepaling van toepassing op ambtenaren, arbeidscontractanten in de burgerlijke openbare dienst en in het vrije beroep, bij het aanbieden van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking en bij de beroepsopleiding en -voorlichting. Artikel 1673ij BW (thans art. 7:646 BW) beperkte de mogelijkheid van het beroep op geslachtsbepaaldheid tot het aangaan van de arbeidsovereenkomst en het verstrekken van onderricht.

Inhoud uitzondering

De inhoud van de uitzondering werd allereerst bepaald door de algemene regel van artikel 5a van de concept-Reparatiewet. Zowel de aard van de beroepsactiviteiten als de voorwaarden voor de uitoefening van deze activiteiten, zouden een grond voor een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit kunnen opleveren. De keuze voor de woorden ‘in gevallen’ zou een essentieel onderdeel van de bepaling zijn. Deze woorden geven aan dat de vraag of terecht een beroep op de uitzondering wordt gedaan, moet worden beantwoord aan de hand van het concrete, en meestal dus ook het individuele geval, aldus de memorie van toelichting.¹¹¹ De lijst met de beroepsactiviteiten van het tweede lid bepaalde vervolgens de inhoud van de regeling. De diverse onderdelen van deze lijst zijn in het volgende hoofdstuk aan de orde.

109 Concept-wetsvoorstel Reparatiewet, MvT, p. 17.

110 Concept-wetsvoorstel Reparatiewet, MvT, p. 60-61.

111 Concept-wetsvoorstel Reparatiewet, MvT, p. 16-17.

3.5.2 Commentaren in adviezen

In de adviezen van de ER, de SER en de CGB(oud) over de concept-Reparatiewet is ruimschoots aandacht geschonken aan het onderwerp geslachtsbepaaldheid. Er zijn de nodige algemene kanttekeningen bij de opzet en inhoud van het voorgestelde artikel 5a (en artikel 1637ij lid 1 BW) geplaatst. Daarnaast werd specifiek commentaar gegeven op de verschillende onderdelen van de lijst van artikel 5a lid 2. De algemene kanttekeningen zijn hier aan de orde.

Vorm

De SER was aanvankelijk niet uitgegaan van het opstellen van een lijst met toegestane uitzonderingen bij wet of algemene maatregel van bestuur. Nu het nieuwe artikel 5a was opgenomen om tegemoet te komen aan de kritiek die de Europese Commissie uitte in het advies van 20 mei 1983, vroeg de SER zich af of de zienswijze van de Europese Commissie klopte dat de richtlijn inderdaad verplicht tot de opstelling van een lijst. Weliswaar was Nederland gehouden een goed controleerbare lijst op te stellen, maar die lijst hoefde niet noodzakelijkerwijs in de wet te worden vastgelegd. Deze conclusie in het SER-advies was gebaseerd op het arrest van het HvJEG inzake *Commissie/BRD* (zie de par. 2.4.2 en 2.5.2).

In het SER-advies werd verder geconstateerd dat het opstellen van een lijst positieve en negatieve kanten heeft. Positief is de mogelijkheid tot toetsing. Negatief zou de conserverende werking zijn, met name als de lijst in de wet is opgenomen. De Raad adviseerde om uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel die samenhangen met andere grondwettelijke rechten in de wet zelf op te nemen en de andere uitzonderingen in een AMvB of ministeriële beschikking. Ook zou in de wet bepaald kunnen worden dat de lijst regelmatig op haar geldigheid moet worden bezien.

De SER opperde voorts de vraag of de lijst een limitatief karakter moet dragen. De Raad was daar voorstander van, met als kanttekening dat het voorkomen op de lijst een functie niet zonder meer geslachtsbepaald maakt. Of dat het geval is, zal van de betreffende situatie moeten afhangen. Functies die niet op de lijst voorkomen, zouden niet geslachtsbepaald kunnen zijn.¹¹²

In het advies van de CGB(oud) zijn vooral bezwaren geuit tegen het opnemen van een lijst met geslachtsbepaalde functiecategorieën. Functies zouden te gemakkelijk als geslachtsbepaald worden aangemerkt als ze op de lijst vermeld staan en het zou lastig zijn om ze van de lijst af te voeren. Met name een wettelijke lijst zou een dergelijke conserverende werking hebben, zeker als er geen periodieke controle is ingebouwd. De CGB(oud) vond het alleen aanvaardbaar om een lijst op basis van artikel 9 lid 2 EG-richtlijn 76/207 op te stellen met het doel periodiek na te gaan of het gezien de sociale ontwikkelingen gerechtvaardigd is de opgenomen uitzonderingen te handhaven. Als het vanwege het gemeenschapsrecht onontkoombaar is om een lijst op te stellen, zou dit een taak voor de CGB moeten zijn en

112 SER 1985, p. 18-19.

zou deze lijst in de memorie van toelichting moeten worden opgenomen, desnoods zou deze lijst bij ministeriële beschikking kunnen worden vastgelegd.¹¹³

De ER was van mening dat het nauwkeurig beschrijven en limitatief opsommen van de beroepsgroepen waarop de uitzondering van toepassing is, de effectiviteit van de wet kan bevorderen. Een dergelijke lijst zou vooral een functie kunnen vervullen in het kader van de verplichting van artikel 9 lid 2 EG-richtlijn 76/207 om regelmatig te onderzoeken of het handhaven van de uitzonderingen nog gerechtvaardigd is, gezien de sociale ontwikkeling. De ER miste daarom een opmerking over de tijdelijkheid van de lijst in de memorie van toelichting. Voor de noodzaak van een regelmatige controle verwees de ER naar het arrest van het HvJEG in *Commissie/BRD*.¹¹⁴ De uitzonderingen zouden per definitie alleen een tijdelijk karakter kunnen dragen omdat maatschappelijke omstandigheden en opvattingen op grond waarvan onderscheid wordt gemaakt, voortdurend aan veranderingen onderhevig zijn.¹¹⁵

Reikwijdte

Op de beperking van de reikwijdte van de uitzondering tot de toegang tot beroepsactiviteiten en de hiervoor noodzakelijke opleidingen reageerden de CGB en SER met instemming. De CGB onderstreepte in dit verband dat er geen sprake kan zijn van een algemene toepasbaarheid van de uitzondering maar dat vast moet staan dat toepassing alleen mogelijk is in zeer bijzondere, concrete gevallen.¹¹⁶

Het SER-advies wees erop dat het nu wel nodig zou zijn om een onderscheid te maken tussen promotiekansen en de daadwerkelijke bevordering. Mannen en vrouwen moeten gelijkelijk voor promotie in aanmerking komen maar het is denkbaar dat een daadwerkelijke bevordering naar een andere functie niet plaats kan vinden omdat de betreffende functie een geslachtsbepaalde functie is, zo werd overwogen. Dit zou zich niet kunnen voordoen in de doorgroei binnen de eigen functie maar wel bij de bevordering naar een wezenlijk andere functie. De memorie van toelichting zou aandacht aan dit punt moeten besteden.¹¹⁷

Inhoud uitzondering

De ER was ervoor beducht dat vele als geslachtsbepaald benoemde functies hun oorsprong niet vinden in biologische en fysiologische verschillen tussen mannen en vrouwen maar in opvattingen over hoe mannen en vrouwen zich dienen te gedragen. Maatschappelijke opvattingen blijken dus van betekenis te zijn. Juist daarom achtte de ER het noodzakelijk dat de regering duidelijke maatstaven gaf voor het uitzonderen van geslachtsbepaalde functies. In dit verband wees de ER op een tegenstrijdigheid in de memorie van toelichting bij de WGB(oud). Enerzijds was overwogen dat maatschappelijke opvattingen geen goede leidraad kunnen zijn om

113 CGB 1995, p. 5-7.

114 Emancipatieraad 1985a, p. 28-29.

115 Emancipatieraad 1985a, p. 32.

116 CGB 1985, p. 3.

117 SER 1985, p. 20.

inbreuk op beginsel van gelijke behandeling te rechtvaardigen. Anderzijds verwees het voorbeeld van het beroep visiteur/visiteuse indirect naar maatschappelijke opvattingen over de verhouding tussen de seksen.

Ter wille van een goede systematiek van de wet pleitte de ER er voor de twee verschillende gronden voor geslachtsbepaaldheid duidelijk te onderkennen en afzonderlijk te beschrijven. De ER maakte onderscheid tussen enerzijds de gronden die biologisch of fysiologisch van aard zijn en anderzijds de gronden die maatschappelijk of cultureel van aard zijn.¹¹⁸

Voorts was de ER van oordeel dat de memorie van toelichting duidelijk zou moeten aangeven welke toetsingsmaatstaven worden gebruikt voor het uitzonderen van geslachtsbepaalde functies. Bij het opnieuw formuleren en begrenzen van de wettelijke uitzondering zou onder andere gebruik moeten worden gemaakt van de ontwikkelde jurisprudentie inzake het verbod van indirect onderscheid. De ER stelde de volgende toetsing voor. Allereerst zou de meest strenge toetsing nodig zijn omdat met de lijst met uitzonderingen op grond van geslachtsbepaaldheid direct onderscheid naar geslacht wordt gemaakt. Bij deze toetsing zou een afweging moeten worden gemaakt tussen enerzijds het doel van de regeling/handeling waarin onderscheid wordt gemaakt en anderzijds het doel van de regeling waarin het maken van onderscheid wordt verboden, in casu de WGB. Als deze afweging ten nadele zou uitvallen van het verbod om onderscheid te maken, zou het discriminerende karakter aan het benadelende onderscheid worden ontnomen omdat de maatschappelijke belangen zo zwaar zijn dat het gemaakte benadelende onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden geacht. Het nadelig effect blijft echter bestaan. De aanwezigheid van objectieve gronden voor een benadelend onderscheid zou niet snel moeten worden aangenomen. Dat zou namelijk betekenen dat het nadelig effect blijft bestaan en dat aangeknoopt wordt bij bestaande machtsverhoudingen, hetgeen ongunstiger uitwerkt voor vrouwen.

Ook het vraagstuk van de afweging van grondrechten zou in de visie van de ER moeten worden geplaatst binnen het algemene vraagstuk van de rechtvaardiging van uitzonderingen. Er zou dan een zelfde toetsing moeten plaats vinden. Een botsing van het recht op gelijke behandeling met een ander grondrecht zou na afweging van alle belangen tot de conclusie kunnen leiden, dat een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Het andere grondrecht weegt zwaar, maar niet per definitie het zwaarst. Het overwicht van het andere grondrecht zou niet te snel mogen worden aangenomen omdat het door de wet beschermde belang van gelijke behandeling in het arbeidsproces indruist tegen maatschappelijke gewoonten en opvattingen en verandering beoogt te brengen in bestaande machtsverhoudingen.

Volgens de ER zou de mogelijke rechtvaardiging van de uitzondering op het verbod om onderscheid te maken, kunnen worden vastgesteld met behulp van aan de jurisprudentie inzake objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid ontleende criteria. Nagegaan moet worden of de uitzondering:

118 Emancipatieraad 1985a, p. 28 en 30.

- functioneel en rationeel is, gezien vanuit het doel van de regeling/handeling waarin onderscheid wordt gemaakt;
- evenwichtig is in de verhouding doel-middelen binnen de betrokken regeling;
- steunt op een doel dat voldoende gewicht heeft;
- gebod is in een regeling/handeling waaraan iedere discriminatie vreemd is;
- noodzakelijk is, dat wil zeggen: of het doel niet met andere middelen kan worden bereikt.

Bij de andere kant van de afweging zou uitdrukkelijk naar het doel van de WGB moeten worden verwezen. Dat zou betekenen dat nagegaan moet worden of de uitzondering er toe kan strekken het maatschappelijk functioneren van vrouwen te verbeteren.¹¹⁹

3.5.3 *Samenvatting en conclusie*

Met de voorgestelde regeling in de concept-Reparatiewet kwam de regering tegemoet aan de bezwaren van de Europese Commissie tegen de vorm en werkingssfeer van de regeling van de WGB(oud) en de WGBbod. Dat was ook het belangrijkste doel van de nieuwe regeling.

In de adviezen van de ER, de SER en de CGB(oud) zijn meerdere kanttekeningen geplaatst bij met name de vorm en de inhoud van de regeling. Voor wat betreft de vorm van de regeling werd de vraag gesteld naar de wenselijkheid om de lijst met beroepsactiviteiten op te nemen en zo ja, of deze lijst in de wet zelf thuis hoorde. De meningen waren verdeeld over de wenselijkheid van de lijst zelf. De CGB was geen voorstander. De SER adviseerde om uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel die samenhangen met andere grondwettelijke rechten in de wet zelf op te nemen en de andere uitzonderingen in een AMvB of ministeriële beschikking. Een regelmatige controle van de lijst in het licht van artikel 9 lid 2 EG-Richtlijn 76/207 was voor de SER, ER en de CGB van groot belang. De lijst zou regelmatig op haar geldigheid moet worden bezien.

De ER besteedde uitvoerig aandacht aan de algemene toetsingsmaatstaven die gehanteerd zouden moeten worden bij de vaststelling of beroepsactiviteiten al dan niet als geslachtsbepaald zouden kunnen worden aangemerkt. Het doel van de regeling/handeling waarin onderscheid wordt gemaakt zou moeten worden afgewogen tegen het doel van de regeling waarin het maken van onderscheid wordt verboden, in casu de WGB. Ook bij het vraagstuk van de afweging van grondrechten zou een zelfde toetsing moeten plaats vinden. Een botsing van het recht op gelijke behandeling met een ander grondrecht zou na afweging van alle belangen tot de conclusie kunnen leiden, dat een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Het andere grondrecht weegt zwaar, maar niet per definitie het zwaarst. Het overwicht van het andere grondrecht zou niet te snel mogen worden aangenomen omdat het door de wet beschermde belang van gelijke behandeling in het arbeidsproces indruist tegen maatschappelijke gewoonten en opvattingen en

119 Emancipatieraad 1985a, p. 31-33.

verandering beoogt te brengen in bestaande machtsverhoudingen. De ER bepleitte meer aandacht in de memorie van toelichting voor de toetsingsmaatstaven.

3.6 WGB m/v en WGB-besluit (1989-heden)

In maart 1987 werd uiteindelijk het voorstel voor de WGB m/v (ook wel: de Reparatiewet) en het WGB-besluit aangeboden aan de Tweede Kamer. Voor wat betreft de inhoud stemde de voorgestelde regeling voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten voor een belangrijk deel overeen met voorstel in de concept-Reparatiewet. De vorm van de regeling was echter duidelijk anders omdat de meeste geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in een AMvB (het WGB-besluit) waren opgenomen. Nieuw was ook de uitbreiding van de werkingssfeer van de WGB m/v tot de gehele openbare dienst, waarmee de krijgsmacht onder de werkingssfeer van de wet werd gebracht. Deze uitbreiding was ook van betekenis voor de 'lijst'.

De voorgestelde regeling van artikel 5 lid 2 en 3 WGB m/v en het WGB-besluit is in de loop van de parlementaire behandeling inhoudelijk niet gewijzigd. De regeling is dus aangenomen zoals voorgesteld en trad in juli 1989 in werking. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is geen aandacht geschonken aan de arresten *Johnston* en *Commissie/Frankrijk* van het Hof van Justitie. De vraag of de voorgestelde regeling aan de eisen van het Hof voldeed, is niet gesteld. Dat is opvallend omdat het Hof in deze arresten duidelijk nieuwe criteria formuleerde en deze arresten uit respectievelijk 1986 en 1988 geen rol hebben kunnen spelen bij de concept-Reparatiewet uit 1985, of bij de uit hetzelfde jaar daterende adviezen.

3.6.1 Wetsgeschiedenis

Vorm

Het wetsvoorstel voorzag in de thans nog geldende bepalingen van artikel 5 lid 2 en 3 WGB m/v, en in het WGB-besluit. De bepalingen luiden aldus:

Artikel 5 lid 2 en 3 WGB m/v:

2. Voor zover het betreft de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen mag van het in de artikelen 1a, 2, 3 en 4 bepaalde worden afgeweken in gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor uitoefening van de betreffende beroepsactiviteit het geslacht bepalend is.
3. Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën:
 - a. geestelijke ambten;
 - b. de beroepsactiviteiten van acteur, actrice, zanger, zangeres, danser, danseres of van kunstenaar of kunstenaars, voor zover deze activiteiten betrekking hebben op het vertolken van bepaalde rollen;

- c. overige beroepsactiviteiten, nader bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen.

Artikel 5 lid 3 onder c WGB m/v is de basis voor het WGB-besluit. Het Besluit noemt 9 categorieën beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn. In artikel 1637ij BW (thans art.7:646 BW) is artikel 5 lid 3 WGB m/v van overeenkomstige toepassing verklaard.

De rechtvaardiging in de memorie van toelichting voor de herziening van de regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten, kwam overeen met de toelichting bij artikel 5a van de concept-Reparatiewet. Het advies van de Europese Commissie werd dus als belangrijkste reden genoemd. Als reden om de meeste uitgezonderde beroepsactiviteiten niet in de wet maar in het WGB-besluit op te nemen, vermeldt de memorie van toelichting de bezwaren van de adviesorganen tegen een lijst in formele wetgeving vanwege de conserverende werking. Ook werd verwezen naar het arrest *Commissie/BRD* van het HvJEG op grond waarvan het niet verplicht was om de uitzonderingen in een bepaalde vorm te gieten. Wel was er de verplichting de uitgezonderde beroepsactiviteiten in enigerlei vorm volledig en controleerbaar te inventariseren.¹²⁰

Er is gekozen voor een opzet met allereerst de hoofdregel met een algemene omschrijving van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten die qua formulering zo goed mogelijk aansluit bij de omschrijving van artikel 2 lid 2 EG-Richtlijn 76/207. Deze omschrijving staat in artikel 5 lid 2 WGB m/v waarin ook expliciet is aangegeven dat de uitzonderingsmogelijkheid alleen geldt voor de toegang tot beroepsactiviteiten en de hiervoor noodzakelijke opleidingen.

Een vergelijking van de concept-Reparatiewet en de WGB m/v laat zien dat de vorm van beide regelingen verschillend is. De gedachte van het concept-wetsvoorstel om de hele regeling van geslachtsbepaalde uitzonderingen in de wet zelf op te nemen, had de wetgever laten varen.

Reikwijdte WGB m/v

Evenals in artikel 5a lid 1 concept-Reparatiewet is het beroep op geslachtsbepaaldheid beperkt tot de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen.

Voor de SER was deze beperking aanleiding om te vragen om een verduidelijking in de memorie van toelichting omdat het denkbaar zou zijn dat een feitelijke bevordering niet mogelijk kan zijn omdat er sprake is van de doorgroei naar een wezenlijk andere, geslachtsbepaalde functie. Aan dit verzoek werd voldaan met de overweging dat in een dergelijke situatie geen sprake is van 'bevordering' maar van 'aanstelling van betrokkene in een nieuwe functie'. Als die nieuwe functie geslachtsbepaald is, is het wel mogelijk een beroep te doen op de uitzonderingsgrond omdat er sprake is van het 'aangaan van een arbeidsovereenkomst'.¹²¹ Het bezwaar

120 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 9-10.

121 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 11.

dat deze uitleg de weg zou kunnen openen naar een ontorechte rechtvaardiging van onderscheid naar geslacht is van de hand gewezen.¹²²

Artikel 1a WGB m/v heeft niet alleen betrekking op de burgerlijke openbare dienst maar op de gehele openbare dienst, dus ook op de krijgsmacht. Het militaire overheidspersoneel valt daarmee ook onder de werkingssfeer van de WGB m/v. In de memorie van toelichting is in verband met deze uitbreiding overwogen dat in principe alle functies bij de krijgsmacht opengesteld zijn voor vrouwen. Wel zou de taakuitoefening van de krijgsmacht grenzen stellen aan dit principe. Het zou hierbij gaan om de mogelijkheid te voldoen aan de fysieke eisen die worden gesteld en om praktische belemmeringen die in het kader van de huisvesting bestaan. Aan de hand van deze omstandigheden zou in het WGB-besluit een nadere bepaling moeten worden opgenomen.¹²³

In deze argumentatie werd weinig terughoudendheid betracht bij het aanreiken van mogelijkheden om een beroep op geslachtsbepaaldheid te kunnen honoreren. De Tweede Kamer heeft hierop kritisch gereageerd met de opmerking dat het hier om een gelimiteerde vrijheid voor de Minister van Defensie lijkt te gaan. Het aanvoeren van fysieke eisen en praktische belemmeringen als algemene gronden voor geslachtsbepaaldheid zou in strijd zijn met het verbod om onderscheid te maken.¹²⁴ In de memorie van antwoord is daarop naar voren gebracht dat er slechts enkele belemmeringen zouden zijn bij de toegang tot de krijgsmacht voor vrouwen. Het zou gaan om enkele functies bij de Koninklijke Marine, te weten aan boord van onderzeeboten en kleine vaartuigen. De ruimte op de schepen is te gering om de accommodatie zo aan te passen dat gemengd varen mogelijk is. De Minister van Defensie zou zeker geen ongelimiteerde vrijheid hebben om zich te beroepen op fysieke eisen en praktische belemmeringen.¹²⁵

Inhoud

Artikel 5 lid 3 WGB m/v geeft aan voor welke beroepsactiviteiten het geslacht bepalend kan zijn. De categorieën die betrekking hebben op het geestelijk ambt en op uitvoerende kunstenaars die door middel van hun optreden gedachten en gevoelens openbaren, zijn in de wet zelf opgenomen. Artikel 5 lid 3 onder c verwijst naar de overige uitgezonderde beroepsactiviteiten die bij of krachtens AMvB worden aangewezen. Ter wille van de rechtszekerheid is deze opsomming limitatief.¹²⁶

Als reden om het geestelijk ambt en de uitvoerende kunstenaars in de wet zelf op te nemen is aangevoerd dat dit nodig is omdat de artikelen 6 en 7 Grondwet in het geding zijn.¹²⁷

122 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 37; nr. 6, p. 33.

123 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 5-6.

124 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 4-5.

125 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 6, p. 6.

126 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 9-10; p. 21.

127 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 9-10; p. 21.

De beroepsactiviteiten van artikel 5a concept-Reparatiewet zijn allemaal terug te vinden in artikel 5 WGB m/v en het WGB-besluit tezamen. Inhoudelijk stemmen de categorieën vrijwel volledig overeen. Er zijn een paar kleine aanpassingen aangebracht in de tekst van enkele onderdelen van het WGB-besluit. De beide memoires van toelichting bij de beroepsactiviteiten komen inhoudelijk ook voor een belangrijk deel overeen.

De WGB m/v en het WGB-besluit benoemen samen elf beroepscategorieën die als geslachtsbepaald kunnen worden aangemerkt waarvan twee in de wet zelf staan. Het WGB-besluit is uitgebreid met de krijgsmacht als elfde categorie in verband met de uitbreiding van de werkingssfeer van de wet.

Voor de inhoud van de regeling van artikel 5 lid 2 en 3 WGB m/v is de keuze voor de woorden 'in gevallen' in artikel 5 lid 2 een essentieel onderdeel. Deze woorden zijn opgenomen om aan te geven dat de vraag of terecht een beroep op de uitzondering wordt gedaan, moet worden beantwoord aan de hand van het concrete, en meestal dus ook het individuele geval.¹²⁸

3.6.2 Commentaren in de literatuur

Na totstandkoming van artikel 5 WGB m/v en het WGB-besluit is geen kritisch commentaar meer geleverd op de manier waarop de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten is geregeld. Het lijkt erop dat de regeling als een volledige feit is geaccepteerd. Dat is opmerkelijk omdat met tal van kritische kanttekeningen rondom geslachtsbepaalde functies uit de adviezen bij de concept-Reparatiewet niets is gedaan. Daar komt bij dat de jurisprudentie van het HvJEG slechts een heel beperkte rol heeft gespeeld bij de totstandkoming. In de juridische literatuur over de WGB m/v heeft de regeling vrijwel alleen nog aandacht gekregen in de overzichtstudie van Asscher-Vonk en Wentholt en in het evaluatieonderzoek van Blom.¹²⁹ Deze auteurs hebben echter volstaan met een beschrijving van de inhoud van artikel 5 lid 3 WGB m/v en het WGB-besluit aan de hand van de nota van toelichting bij het WGB-besluit.

3.6.3 Samenvatting en conclusie

Het voorstel van de WGB m/v en van het WGB-besluit is in maart 1987 aangeboden aan de Tweede Kamer. In juni 1989 traden wet en besluit in werking. Tijdens de parlementaire behandeling is aan de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten van artikel 5 lid 2 en 3 WGB en het WGB-besluit niet veel aandacht besteed. Ook inhoudelijk zijn geen wijzigingen meer aangebracht.

Een algemene bepaling en twee uitgezonderde beroepsactiviteiten staan in de WGB m/v en negen uitgezonderde beroepsactiviteiten zijn te vinden in het WGB-besluit. Voor dit besluit is vooral gekozen om te voorkomen dat van de lijst een conserverende werking zou uitgaan.

¹²⁸ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 21.

¹²⁹ Asscher-Vonk & Wentholt 1994; Blom 1994.

De geringe aandacht tijdens de parlementaire behandeling en in de juridische literatuur is opmerkelijk genoemd omdat tal van kritische kanttekeningen uit de adviezen bij de concept-Reparatiewet niet zijn verwerkt in de regeling van de WGB m/v. Ook de geringe aandacht voor de jurisprudentie van het HvJEG is opmerkelijk. De arresten *Johnston* en *Commissie/Frankrijk* hebben geen rol gespeeld, terwijl het Hof hierin duidelijk nieuwe criteria geformuleerde.

3.7 AWGB en AWGB-besluit (1994-heden)

In februari 1991 werd het wetsvoorstel voor de AWGB aangeboden aan de Tweede Kamer.¹³⁰ In september 1994 trad de wet in werking. Aanvankelijk was het de bedoeling om de WGB m/v te incorporeren in de AWGB. Daarvan is afgezien omdat de WGB m/v een uitputtende regeling bevat ter implementatie van de eerste en tweede EG-richtlijn gelijke behandeling m/v.¹³¹ Thans bepaalt artikel 4 AWGB dat de WGB m/v (en de artikelen 7:646 en 647 BW) onverlet worden gelaten door de AWGB. Dit brengt mee dat de AWGB voor onderscheid op grond van geslacht – en dus voor de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten – alleen relevant is voor een arbeidsverhouding die niet onder het BW of de WGB m/v valt. Dergelijke arbeidsverhoudingen zijn echter zeldzaam.

De AWGB is breder dan de WGB m/v. Ten eerste kent de wet meer verboden discriminatiegronden en ten tweede strekt de wet zich uit tot een ruimer terrein dan dat van de arbeid. De AWGB verbiedt het maken van direct en indirect onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. De wet is van toepassing op het terrein van de arbeid, het aanbod van goederen en diensten en het ter zake contracteren en het geven van advies of voorlichting over school- en beroepskeuze.

Bij de AWGB hoort, net als bij de WGB m/v, een besluit: het Besluit gelijke behandeling (hierna: AWGB-besluit). Daarin is opgesomd welke uitzonderingen, voor welke discriminatiegronden, op het verbod van direct onderscheid zijn toegelaten.

Op enkele punten zijn de AWGB en het AWGB-besluit relevant voor het onderzoeksonderwerp van deze studie. In de volgende paragrafen worden de AWGB en het AWGB-besluit kort toegelicht en besproken vanuit de vraag of uit deze regelingen nieuwe gezichtspunten blijken over geslachtsbepaaldheid. Ook worden de verschillen tussen de WGB m/v- en AWGB-regeling nagegaan omdat deze een rol kunnen spelen bij voorstellen tot wijziging van de WGB m/v-regeling. Tevens wordt aandacht besteed aan de uitwerking van rasbepaaldheid vanwege de mogelijke samenloop van geslachtsbepaaldheid en rasbepaaldheid.

130 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nrs. 1-2.

131 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16.

3.7.1 Uitzonderingen AWGB

De toegelaten uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid bij (onder meer) de arbeid zijn in de AWGB opgenomen in artikel 2 AWGB. Zij gelden alleen voor de discriminatiegronden die deze bepaling expliciet noemt: geslacht, ras en nationaliteit. De aandacht gaat hier uit naar de uitzonderingen voor geslacht en ras.

Artikel 2 lid 2 sub a AWGB verklaart het verbod van onderscheid op grond van geslacht niet van toepassing “in gevallen waarin het geslacht bepalend is”. Artikel 2 lid 4 AWGB maakt een beroep op rasbepaaldheid mogelijk in gevallen waarin “uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn”. Artikel 2 lid 2 sub a en artikel 2 lid 4 AWGB zijn nader uitgewerkt in het AWGB-besluit.

Artikel 1 van het AWGB-besluit heeft betrekking op geslachtsbepaaldheid. Onderdeel a betreft geslachtsbepaaldheid bij de arbeid. In dit onderdeel wordt volstaan met het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 5 lid 3 sub b WGB m/v en het WGB-besluit voor de toegang tot beroepsactiviteiten en de hiervoor noodzakelijke opleidingen. Artikel 5 lid 3 sub a WGB m/v (het geestelijk ambt) wordt niet genoemd in artikel 1 sub a van het AWGB-besluit. Dit heeft te maken met het feit dat artikel 3 AWGB het geestelijk ambt volledig uitsluit van de werkingssfeer van de wet, hetgeen meebrengt dat de AWGB het geestelijk ambt niet aanmerkt als een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit; hierop wordt nog teruggekomen. Afgezien hiervan heeft de inhoud van het WGB-besluit in dit kader niet ter discussie gestaan. Overwogen is slechts dat het niet de bedoeling was om op korte termijn het WGB-besluit te herzien.¹³²

De overige onderdelen van artikel 1 van het AWGB-besluit (onderdelen b tot en met i) hebben betrekking op geslachtsbepaaldheid bij het aanbieden van goederen en diensten en op de in artikel 2 lid 2 sub b AWGB toegelaten uitzondering ‘ter bescherming van het moederschap’.¹³³ Deze onderdelen zijn in beginsel niet relevant voor deze studie, maar de bepaling inzake ‘bescherming van het moederschap’ roept enige vragen op. In de eerste plaats vermeldt de nota van toelichting bij het AWGB-besluit dat de gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft verbijzonderingen zijn van (een aantal) gevallen waarin het geslacht bepalend is.¹³⁴ Hieruit kan worden opgemaakt dat de wetgever geen verschil ziet tussen de apart benoemde uitzonderingen in richtlijn 76/207: geslachtsbepaaldheid (art. 2 lid 2 richtlijn) en bescherming van het moederschap (art. 2 lid 3 richtlijn). Deze opmerking werkt verwarrend en is, gezien de literatuur,¹³⁵ zeer discutabel.

Een tweede vraag vloeit voort uit de inhoud van de uitzondering inzake bescherming van het moederschap (art. 1 sub b AWGB-besluit). Deze bepaling heeft vooral betrekking op de bescherming van de gezondheid en geneeskundige behan-

132 NvT AWGB-besluit, p. 7.

133 NvT AWGB-besluit, p. 6.

134 NvT AWGB-besluit, p. 6.

135 Monster 1995, p. 251-270.

deling of onderzoek “voor zover voor een doelmatige bescherming dan wel behandeling of verzorging onderscheid op grond van geslacht nodig is”. Dat wil zeggen dat de bepaling refereert aan het feit dat er gezondheidskwesties zijn die slechts één sekse kunnen betreffen, bijvoorbeeld zwangerschap. De diensten in dat verband kunnen dan slechts aan dat ene geslacht worden verleend, hetgeen nogal voor de hand ligt. Interessanter is de vraag of een en ander consequenties heeft voor het geslacht van degene die de geneeskundige zorg verleent. Hierover is echter niet gesproken.

Rasbepaaldheid bij de arbeid is uitgewerkt in artikel 2 sub a en b van het AWGB-besluit. Onderdeel a omschrijft de toegestane uitzondering voor het beroep of de activiteit van acteur, danser of kunstenaar en onderdeel b heeft betrekking op mannequins en modellen. Blijkens de toelichting hebben de uitzonderingen uitsluitend betrekking op situaties waarin fysieke verschillen van belang zijn en niet op sociologische verschillen tussen groepen met een bepaald kenmerk.¹³⁶

De onderdelen a en b van artikel 2 van het AWGB komen vrijwel letterlijk overeen met artikel 5 lid 3 sub b WGB m/v en de onderdelen b en c van het WGB-besluit. In de juridische vorm is echter een verschil. De geslachtsbepaaldheid van de artistieke beroepen (acteurs, danser, kunstenaar) staat in de wet in de WGB m/v zelf omdat het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting bij de uitoefening van deze activiteit in het geding zou kunnen zijn (vgl. par. 3.6.1). De rasbepaaldheid van deze zelfde beroepen staat echter in het AWGB-besluit. Dit roept de vraag op of hier niet de vrijheid van meningsuiting meespeelt. Zoals nog nader aan de orde zal komen is de regering evenwel voornemens de WGB-regeling op dit punt te wijzigen.

Voorts geldt voor de beroepsactiviteit van mannequins en modellen dat zij in geval van geslachtsbepaaldheid over twee bepalingen zijn verdeeld en voor het geval van rasbepaaldheid samen één bepaling vormen.

Aan een mogelijke samenloop van ras- en geslachtsbepaaldheid is bij de parlementaire behandeling van de AWGB geen aandacht besteed. Wel zijn de bepalingen met elkaar vergeleken en werd overwogen dat de uitzondering voor geslachtsbepaaldheid ruimer is omdat die “niet alleen ziet op situaties waarin de fysieke verschillen tussen mannen en vrouwen van belang zijn, maar – mede – met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van andere personen – ook ziet op persoonlijke opvattingen van die personen, bij voorbeeld situaties waarbij lichamelijk contact een rol speelt zoals bij de verpleging en lichamelijke verzorging van personen. Gevallen waarin de met ras samenhangende kenmerken van het uiterlijk van een persoon rechtens relevant moeten worden geacht, zijn veel minder talrijk. We denken hierbij vooral aan de werving van acteurs respectievelijk modellen voor toneel, film, televisie, fotografie en andere kunst- of cultuuruitingen”.¹³⁷

Voor alle uitzonderingen van het AWGB-besluit geldt meer in het algemeen dat er ruim baan is gemaakt voor maatschappelijke opvattingen bij de rechtvaardig-

¹³⁶ NvT AWGB-besluit, p. 12.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 72-73.

ging van een beroep op de uitzonderingen van artikel 2 AWGB. De nota van toelichting zegt het volgende over de betekenis van het begrip ‘bepalend’ in artikel 2: “Dit begrip geeft aan dat het gaat om een specifieke groep van gevallen waarin onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Het onderscheid volgt naar heersende maatschappelijke opvattingen dwingend uit de aard van het geval of de omstandigheden waaronder het onderscheid wordt gemaakt. Het begrip ‘bepalend’ kan naar tijd en plaats verschillen. Of kenmerken bepalend zijn, hangt af van algemeen aanvaarde opvattingen over noodzakelijkheid of functionaliteit. Het is derhalve noodzakelijk en in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever bij dit besluit aan te sluiten bij heersende maatschappelijke opvattingen”.

3.7.2 *Commentaren in adviezen en literatuur*

Adviezen over het concept-AWGB-besluit verschenen van de ER,¹³⁸ het NJCM,¹³⁹ de CGB m/v¹⁴⁰ en het Landelijk Bureau Racismebestrijding (LBR).¹⁴¹ De ER pleitte er opnieuw voor om de rechtvaardiging van de uitzonderingen in het AWGB-besluit te onderwerpen aan de indirecte discriminatietoets. De overige adviseurs maakten in hun commentaar op het concept-besluit gelijke behandeling geen opmerkingen die specifiek opvattingen met betrekking tot geslachtsbepaaldheid naar voren brachten. Ook de literatuur over de AWGB geeft in het algemeen geen commentaar waaruit maatschappelijke opvattingen met betrekking tot geslachtsbepaaldheid in verband met de arbeid blijken.¹⁴² Gerritsen merkt slechts, zonder verder commentaar, op dat de in het AWGB-besluit genoemde beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn uiteen vallen in de twee groepen: fysieke kenmerken en persoonlijke verzorging.¹⁴³ Aan de mogelijke samenloop van de gronden geslacht en ras is noch in de adviezen noch in de literatuur aandacht besteed.

De evaluatie van de AWGB is wel aanleiding geweest om uitvoeriger stil te staan bij het AWGB-besluit en de WGB-regeling.

3.7.3 *Evaluatie AWGB*

In 1999 verscheen een rapport dat diende ter evaluatie van de AWGB.¹⁴⁴ Daarin werden onder andere kritische kanttekeningen gemaakt bij zowel de wijze van regelen als bij de inhoud van het WGB- en het AWGB-besluit. Zo werd de aandacht gevestigd op de in de voorgaande paragraaf gesignaleerde verschillen tussen het WGB-besluit en het AWGB-besluit en werden voorstellen tot verbetering gedaan.

138 Emanipatieraad 1993.

139 NJCM 1994, p. 70-77.

140 CGB 1993.

141 Landelijk Bureau Racismebestrijding, Brief aan de Minister van Binnenlandse Zaken van 30 december 1993.

142 Heringa 1994; Gerritsen (*Arbeidsovereenkomst*).

143 Gerritsen (*Arbeidsovereenkomst*).

144 Asscher-Vonk & Groenendijk 1999.

Tevens is kritiek geleverd op de onduidelijke manier waarop de ‘bescherming van het moederschap’ in artikel 1 onderdeel b AWGB-besluit is geregeld en op het feit dat deze bescherming in de toelichting als geslachtsbepaald is aangemerkt. Dat zou tot veel verwarring leiden. De redenen om van geslachtsbepaaldheid te spreken zijn van een heel andere aard dan die om het moederschap te beschermen.¹⁴⁵

Afgezien hiervan worden in het evaluatierapport enkele oordelen van de CGB besproken waarin zowel de gronden ras als geslacht een rol spelen. Het betreft oordelen over de in personeelsadvertenties uitgesproken voorkeur voor een Marokkaanse of Turkse mannelijke hulpverlener. Dit in verband met de doelgroep van de hulpverleningsinstelling. De CGB oordeelde dat in die situatie een beroep op rasbepaaldheid niet kan slagen omdat het AWGB-besluit een dergelijk beroep beperkt tot gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn. Het beroep op geslachtsbepaaldheid kon wel slagen omdat het ging om werkzaamheden die onder het bereik van het WGB-besluit vielen.

In het evaluatierapport is ter wille van de duidelijkheid van de normstelling een welomschreven verruiming van rasbepaalde functies in het AWGB-besluit bepleit voor de verschillende situaties waarin juist behoefte is aan personen van een bepaald ras/etnische afkomst.¹⁴⁶ De CGB heeft zich bij dit pleidooi aangesloten en een concrete suggestie gedaan voor een bepaling in het AWGB-besluit die afkomstgebonden werving mogelijk maakt.¹⁴⁷ Uit deze voorstellen blijkt de opvatting dat rechthebbenden een beroep moeten kunnen op de discriminatiegrond die in het gegeven geval het meest toepasselijk is.

In de reactie van de regering op het evaluatierapport is op de verschillende voorstellen en aanbevelingen gereageerd.¹⁴⁸ De aanbevelingen inzake het opheffen van verschillen tussen het AWGB-besluit en het WGB-besluit zijn ten dele gehonoreerd en komen in het volgende hoofdstuk aan de orde. Op de zojuist besproken kritiek om bescherming wegens moederschap aan te merken als geslachtsbepaald is niet gereageerd. Het voorstel om in het AWGB-besluit een bepaling op te nemen inzake afkomstgebonden werving is afgewezen.

3.7.4 Samenvatting en conclusie

De WGB m/v-regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten is bewust geen onderwerp van bespreking geweest tijdens de behandeling van de AWGB. Dat hangt voor een belangrijk deel samen met het gegeven dat het de bedoeling is geweest dat de AWGB geen (of slechts een geringe) rol zou spelen bij een beroep op geslachtsbepaaldheid van beroepsactiviteiten. De AWGB en het AWGB-besluit hebben wel betekenis voor de WGB m/v-regeling. Zo is de evaluatie van de AWGB aanleiding om enkele verschillen op te heffen die de vorm van de beide re-

¹⁴⁵ Monster, Vermeulen & Waaldijk 1999, p. 150-151; 160-163; 198-199 e.v.

¹⁴⁶ Monster, Vermeulen & Waaldijk 1999, p. 146-156.

¹⁴⁷ CGB 2000, p. 38.

¹⁴⁸ Vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling: een eerste terugblik op de gelijkebehandelingswetgeving in de praktijk, concept-voorstel d.d. 7 augustus 2001.

gelingen betreffen. De bedoeling van de wetgever dat de heersende maatschappelijke opvattingen een beroep op geslachtsbepaaldheid rechtvaardigen zoals verwoord in de toelichting bij het AWGB-besluit, werkt door in de inhoud van de WGB m/v-regeling. Bepaalde commentaren in de adviezen omtrent het AWGB-besluit en in de AWGB-evaluatie zijn ook relevant voor de WGB m/v. Dat geldt voor de kanttekeningen bij de afbakening van ‘geslachtsbepaaldheid’, ‘bescherming van vrouwen’ en ‘bescherming wegens moederschap’ in het AWGB-besluit. Hetzelfde geldt voor het pleidooi van de ER om de indirecte discriminatietoets toe te passen bij de vraag naar de rechtvaardiging van de uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid. Ook geldt dit voor de vraagtekens die het NJCM plaatst bij de vanzelfsprekendheid van de uitzondering voor werkzaamheden die buiten de Nederlandse rechtsorde plaatsvinden.

In de AWGB-evaluatie is aandacht geschonken aan de oordelen van de CGB waarin de gronden ras en geslacht allebei een rol speelden. Een beroep van de werkgever op het WGB-besluit wegens geslachtsbepaaldheid bleek in enkele gevallen wel mogelijk, terwijl een beroep op rasbepaaldheid niet kon slagen vanwege de beperking tot de uiterlijke kenmerken van ras/etnische afkomst in het AWGB-besluit. In het evaluatierapport en in de reactie daarop van de CGB is de voorkeur uitgesproken voor een bepaling die afkomstgebonden werving mogelijk maakt. In de reactie van de regering op de AWGB-evaluatie wordt dit echter van de hand gewezen.

3.8 Conclusie

In de periode van de totstandkoming van de WGB(oud) in 1980 tot en met de advisering omtrent de concept-Reparatiewet in 1985 heeft de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in de belangstelling gestaan. Daarna is de regeling van de WGB m/v min of meer als een voldongen feit geaccepteerd. Zij heeft zich ontwikkeld van één enkele wetsbepaling met een open norm tot een lijst met elf geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten, die sinds 1989 van toepassing is. Bij het inwerkingtreden van de AWGB in 1994 zijn geen wijzigingen aangebracht.

In de periode van 1980 tot 1985 is de vorm en inhoud van een regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten het meest uitvoerig bediscussieerd in de juridische literatuur. De belangrijkste adviezen van de ER, SER en de Commissies Gelijke Behandeling zijn ook uit deze periode. Diverse standpunten die in die tijd naar voren zijn gebracht, kunnen voor het onderhavige onderzoek nog steeds betekenis hebben. Het gaat met name om standpunten die de inhoud van de regeling betreffen. Zo werd de erkenning van heersende maatschappelijke opvattingen als grond voor een beroep op geslachtsbepaaldheid aanvankelijk als zeer omstrede beschouwd vanwege het risico dat vooroordelen en seksestereotype opvattingen ruim baan zouden kunnen krijgen. Tijdens de behandeling van de AWGB werd dit risico niet meer genoemd. Govers wees op de rol die andere grondrechten kunnen spelen bij het aanmerken van geslachtsbepaaldheid van beroepen. De ER bepleitte om de indirecte discriminatietoets toe te passen bij de vraag naar de rechtvaardig-

ging van de uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid op grond van geslacht. Dit pleidooi sluit voor een belangrijk deel aan bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel die het HvJEG als vereiste stelt.

De Europese Commissie heeft in de eerste helft van de jaren tachtig met succes druk uitgeoefend op de Nederlandse regering om een regeling tot stand te brengen die qua vorm voldeed aan de eisen van EG-richtlijn 76/207. In latere jaren heeft het HvJEG arresten gewezen omtrent geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten die niet betrokken zijn bij de totstandkoming van de thans geldende regeling. De eisen die het Hof heeft gesteld aan vorm en inhoud verdienen binnen het onderhavige onderzoek daarom extra aandacht.

De vergelijking van de regeling van de WGB m/v met die van de AWGB heeft meerdere, niet goed te verklaren verschillen aan het licht gebracht. In het kader van de AWGB-evaluatie zijn een aantal aanbevelingen gedaan om deze verschillen op te heffen. Die aanbevelingen zijn ook voor het onderhavige onderzoek van belang.

4. Elf categorieën geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten

4.1 Inleiding

Artikel 5 lid 3 WGB m/v en het WGB-besluit geven tezamen een limitatieve opsomming van elf beroepscategorieën. Dit is de lijst met ‘geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten’. Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, gaat aan deze opsomming de algemene regel van artikel 5 lid 2 WGB m/v vooraf. Op grond van deze bepaling mag “bij de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen” worden afgeweken van het verbod om onderscheid te maken “in gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor uitoefening van de betreffende beroepsactiviteit” het geslacht bepalend is. Deze tekst is voor een groot deel ontleend aan artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207. In artikel 5 lid 2 WGB m/v zijn de woorden ‘in gevallen’ aan de omschrijving van de richtlijn toegevoegd. Dat is gedaan om aan te geven dat de vraag of terecht een beroep op de uitzondering wordt gedaan, moet worden beantwoord aan de hand van het concrete, en meestal dus ook het individuele geval. Voor een geslaagd beroep op de uitzonderingsgrond is het dus niet voldoende dat er sprake is van een functie die onder één van de limitatief opgesomde beroepscategorieën valt. Een concrete, meestal individuele afweging geldt tevens als vereiste.

In dit hoofdstuk worden de elf beroepscategorieën in afzonderlijke paragrafen besproken (par. 4.2 tot en met 4.12). De bespreking vindt voor een belangrijk deel plaats aan de hand van de tekst, de toelichtingen in de WGB m/v en de nota van toelichting bij het WGB-besluit. Daarbij wordt iedere keer tevens verwezen naar de tekst van artikel 5a concept-Reparatiewet en waar nodig ook naar de memorie van toelichting bij dit concept-wetsvoorstel. In de voetnoten wordt voorts telkens verwezen naar de gelijkkluidende teksten van de nota van toelichting bij het ontwerp-WGB-besluit van 1987¹⁴⁹ en bij het definitieve WGB-besluit van 1989.

Na bespreking van de geschiedenis van iedere bepaling zijn commentaren in adviezen en literatuur aan de orde. Het gaat vooral om het commentaar op artikel 5a van de concept-Reparatiewet in de adviezen van de ER, de SER en de CGB(oud). In de juridische literatuur is erg weinig aandacht besteed aan de lijst met beroepsactiviteiten die hier wordt besproken.

Iedere paragraaf wordt afgesloten met enkele constatering en vragen met betrekking tot de specifieke beroepsactiviteit. In het slothoofdstuk van dit onderzoeksrapport kunnen die vraagpunten worden beantwoord tegen de achtergrond van het totaal aan bevindingen van deze studie. De ontwikkelingen rond de AWGB, het AWGB-besluit en de evaluatie van de AWGB worden besproken voor zover zij relevant zijn voor de betrokken beroepscategorie.

149 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, bijlage III.

4.2 Geestelijke ambten

Omschrijving

Artikel 5 lid 3 onderdeel a WGB m/v:

(gelijkluidende bepaling: artikel 5a lid 2 onder a concept-Reparatiewet)

Geestelijke ambten

Geschiedenis bepaling

De memories van toelichting zijn gelijkluidend. Als reden voor deze bepaling is genoemd dat deze uitzondering voortvloeit uit de eerbiediging van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Tevens wordt het begrip ‘geestelijk ambt’ op de volgende manier verduidelijkt: “Een geestelijk ambt bekleden die personen, die binnen een kerkgenootschap of een ander genootschap op geestelijke grondslag, zijn aangewezen om voor te gaan in de eredienst dan wel op andere wijze aan het geestesgoed van het genootschap uiting geven”.¹⁵⁰

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v is overwogen dat in de wet met de aanduiding ‘geestelijk ambt’ de koppeling met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging voldoende duidelijk is gelegd.¹⁵¹ Op de vraag of deze uitzondering eigenlijk niet overbodig is omdat kerken in ons rechtsbestel een unieke rechtspersoonlijkheid bezitten en volstrekt vrij zouden zijn in het regelen van hun interne aangelegenheden, is geantwoord dat de uitzonderingsbepaling wel nodig is. De WGB m/v is in beginsel van toepassing op kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, voor zover er sprake is van arbeidsverhoudingen die onder de reikwijdte van de wet vallen. In verband met de belijdenisvrijheid wordt de verhouding tussen het genootschap en de drager van het geestelijk ambt echter veelal door het (kerk)genootschappelijk recht beheerst.¹⁵²

Commentaren

De CGB(oud) en de ER adviseerden om duidelijk aan te geven dat alleen die beroepsactiviteiten in het geding kunnen zijn die strikt noodzakelijk door een geestelijk ambtsbekleeder worden uitgeoefend en niet die beroepsactiviteiten die in de praktijk ook wel door hen worden gedaan.¹⁵³ Het zou duidelijk moeten zijn dat niet bij alle functies die onder ‘geestelijke ambten’ kunnen vallen, ook inderdaad de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging zo sterk in het geding is.¹⁵⁴

De SER adviseerde om uitzonderingen die verband houden met de botsing van grondrechten in de WGB m/v zelf op te nemen. Voor andere uitzonderingen zou een gemakkelijker te wijzigen vorm als bijvoorbeeld een AMvB kunnen worden

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 21; MvT concept-Reparatiewet, p. 18.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 39; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 36.

¹⁵² *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 39; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 36.

¹⁵³ CGB 1985, p. 107.

¹⁵⁴ Emancipatieraad 1985a, p. 33.

gekozen.¹⁵⁵ Zoals in paragraaf 3.6 is aangegeven, is dit advies een belangrijke reden geweest om te kiezen voor een andere vorm voor de regeling van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten dan waarin de concept-Reparatiewet voorzag. Vanwege de botsing van het gelijkheidsbeginsel en de godsdienstvrijheid is het geestelijk ambt als uitzondering in de WGB m/v zelf geplaatst.¹⁵⁶

Constateringen, vragen en opmerkingen

Bij deze uitzondering kunnen enkele vragen worden opgeworpen. Het lijkt dat de botsing tussen de twee grondrechten zonder nadere argumentatie in het voordeel uitvalt van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, ook al heeft de wetgever dat niet met deze woorden zo gesteld. Dat geldt voor de geestelijke ambten waarbij de belijdenisvrijheid in het geding is. Deze geestelijke ambten worden in wezen niet als geslachtsbepaalde beroepsactiviteit uitgezonderd van de werkingssfeer van de WGB m/v. Er is veeleer sprake van een uitsluiting van de werkingssfeer zoals ook bij AWGB is geschied. De normstelling van de WGB m/v speelt immers geen enkele rol bij deze ambten. De godsdienstvrijheid lijkt het primaat te hebben. De vraag of in concreto een beroep op de uitzonderingsgrond kan worden gedaan, speelt bij deze ambten niet. De individuele afweging die artikel 5 lid 2 WGB m/v als vereiste stelt, vindt alleen plaats bij de vraag of er sprake is van een geestelijk ambt.

In het evaluatierapport inzake de AWGB is voorgesteld de uitzondering (WGB) en uitsluiting (AWGB) voor het geestelijk ambt in beide wetten op overeenkomstige wijze te regelen. De reactie van de regering op dit voorstel (voorstel 14) is negatief. Het kabinet is van oordeel dat beide regelingen kunnen blijven zoals zij zijn, omdat de strekking van de bepalingen eender is, namelijk uitsluiting van de werkingssfeer van de wet.

Het lijkt noodzakelijk om deze bepaling te toetsen aan de criteria die het HvJEG stelt aan het gebruik van artikel 2 lid 2 EG-Richtlijn. De arresten *Sirdar* en *Kreil* zijn hierbij met name van belang omdat het Hof in die arresten heeft geoordeeld over de volledige uitsluiting van vrouwen van bepaalde beroepsactiviteiten. Een verschil met deze arresten is dat daar de openbare veiligheid in het geding was waarbij de lidstaten een ruimere beoordelingsmarge hebben. Bij de toepassing van het tweede element van het evenredigheidsbeginsel moet worden nagegaan of er een evenwicht is tussen het beginsel van gelijke behandeling en de godsdienstvrijheid. In de literatuur wordt voorts betwijfeld of de uitzondering dan wel de uitsluiting voor het geestelijke ambt wel in overeenstemming is met artikel 4 lid 2 onder a kaderrichtlijn.¹⁵⁷

Tot slot kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre het noodzakelijk is om uitzonderingen in de wet in formele zin zelf op te nemen als de mogelijkheid van een botsing van grondrechten zich aandient. In de memorie van toelichting bij de

155 SER 1985, p. 19.

156 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 9-10 en p. 21.

157 Veldman 2000, p. 376.

WGB m/v is dit alleen beargumenteerd met een verwijzing naar het advies van de SER. Die argumentatie is erg mager.

4.3 Artistieke beroepsactiviteiten

Omschrijving

Artikel 5 lid 3 onderdeel b WGB m/v:

(gelijkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel b concept-Reparatiewet)

De beroepsactiviteiten van acteur, actrice, zanger, zangeres, danser, danseres of van kunstenaar of kunstenaars, voor zover deze activiteiten betrekking hebben op het vertolken van een bepaalde rol”.

Geschiedenis bepaling

In de memories van toelichting zijn dit de ‘in het oog lopende voorbeelden’ van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten genoemd. Hieraan is toegevoegd dat het bij deze categorie niet alleen gaat om de vertolking van vrouwenrollen door respectievelijk vrouwen en mannen maar ook om de artistieke vrijheid om ‘mannelijke’ dan wel ‘vrouwelijke’ rollen door personen van het andere geslacht te doen vertolken. De vrijheid tot het openbaren van gedachten en gevoelens zou mede deze artistieke vrijheid omvatten. Daarmee is het grondrecht op vrijheid van meningsuiting in het geding. In de toelichtingen is verwezen naar de overeenkomst met de omschrijving in het Belgisch Koninklijk Besluit van 8 februari 1979 “tot vaststelling van de gevallen waarin melding wordt gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit”. In de Belgische omschrijving stond echter de zinsnede: “op wie een beroep wordt gedaan om een mannelijke of vrouwelijke rol te vertolken”. De artistieke vrijheid om bijvoorbeeld vrouwen mannenrollen te laten vertolken, zou daar niet onder vallen. De Nederlandse omschrijving is bewust ruimer geformuleerd.¹⁵⁸

Commentaren

Er zijn twee gronden aangevoerd om deze beroepsactiviteiten als geslachtsbepaald aan te merken. Aan de ene kant moet het mogelijk zijn dat vrouwen en mannen de rol van het eigen geslacht spelen en, aan de andere kant moet ook een rolwisseling tot de mogelijkheden behoren. De ER stemde op zich in met deze uitzondering maar plaatste vraagtekens bij de opvatting over de rol die de vrijheid van meningsuiting van artikel 7 Grondwet hier zou spelen. Dit zou een te ruime interpretatie zijn van dit artikel. In ieder geval zou uit de memorie van toelichting duidelijk moeten blijken waarom de vrijheid van meningsuiting zou moeten prevaleren boven het beginsel van gelijke behandeling bij een botsing van grondrechten.¹⁵⁹ De

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 22; MvT concept-Reparatiewet, p. 60-61.

¹⁵⁹ Emancipatieraad 1985a, p. 34.

gevraagde nadere argumentatie is niet gegeven tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v.

Constateringen, vragen en opmerkingen

Ook hier speelt de vraag in hoeverre het noodzakelijk is om uitzonderingen in de wet in formele zin zelf op te nemen omdat een botsing van grondrechten denkbaar is. In verband met deze artistieke beroepsactiviteiten kan ook de vraag worden opgeworpen of de voorzienbaarheid of de mogelijke frequentie van een dergelijke botsing van grondrechten een rol kunnen spelen bij het geven van een antwoord op deze vraag. Aangenomen mag worden dat bij de beoordeling van de geslachtsbepaaldheid van artistieke beroepsactiviteiten de vrijheid van meningsuiting beduidend minder gewicht in de schaal legt dan de godsdienstvrijheid bij de geestelijke ambten.

De artistieke vrijheid om vrouwen mannenrollen (of andersom) te mogen laten spelen, kan in een concreet geval door de rechter worden getoetst aan artikel 7 Grondwet. De rechter kan de betekenis van het beginsel van gelijke behandeling en de vrijheid van meningsuiting afwegen. Dat kan ook als de beroepsactiviteiten niet zijn uitgezonderd in de WGB m/v zelf. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom het noodzakelijk zou zijn om in het kader van de WGB m/v alle potentiële botsingen van grondrechten af te dichten.

Het AWGB-besluit maakt het mogelijk om het beroep van acteur, danser of kunstenaar uit te zonderen op grond van rasbepaaldheid. In het vorige hoofdstuk is er op gewezen dat deze regeling anders van opzet is dan de WGB m/v regeling. De uitzondering voor geslachtsbepaaldheid met betrekking tot artistieke beroepen staat in de WGB m/v zelf. Die voor rasbepaaldheid in het AWGB-besluit. In het kader van de AWGB-evaluatie is de aanbeveling gedaan om de geslachtsbepaalde uitzondering op dezelfde wijze te regelen als de rasbepaalde. Dat wil zeggen dat werd voorgesteld ook de geslachtsbepaalde uitzondering in een besluit (in casu het WGB-besluit) op te nemen.¹⁶⁰ In de reactie van de regering op de AWGB-evaluatie is aangekondigd dat stroomlijning met de AWGB zal plaatsvinden door artikel 5 lid 3 sub b WGB m/v over te plaatsen naar het WGB-besluit.¹⁶¹

4.4 Biologisch/fysiologisch bepaalde beroepsactiviteiten

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel a Besluit:

(gelijkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel b concept-Reparatiewet)

De beroepsactiviteiten die om lichamelijke redenen uitsluitend door personen van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld.

¹⁶⁰ Asscher-Vonk & Groenendijk p. 200.

¹⁶¹ Voorstel 16, concept-voorstel d.d. 7 augustus 2001.

Geschiedenis bepaling

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v is overwogen dat het hier gaat om *absolute geslachtsbepaaldheid*. Het gaat namelijk om lichamelijke hoedanigheden die worden onderzocht of lichaamsfuncties waarvan gebruik wordt gemaakt, die slechts eigen zijn aan een bepaald geslacht, die dus biologisch/fysiologisch bepaald zijn.¹⁶² In de nota van toelichting bij het besluit wordt van *absolute geslachtsbepaaldheid* overigens niet gerept.

In de memorie en nota van toelichting is gewezen op de beperkte strekking van dit onderdeel. In vroegere tijden zou het beroep van ‘min’ hiertoe hebben behoord. Nu valt te denken aan oefenpatiënten in het medische onderwijs en aan proefpersonen voor fysiologisch, medisch of ander wetenschappelijk onderzoek. Factoren als lichaamskracht of uithoudingsvermogen behoren niet tot deze categorie omdat personen van beide geslachten hierover kunnen beschikken.¹⁶³

Commentaren

In de opsomming van artikel 5a lid 2 concept-wetsvoorstel Reparatiewet stond deze uitzondering niet als eerste genoemd. De ER was van oordeel dat een lijst met geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten met deze uitzondering zou moeten beginnen omdat het alleen bij deze uitzondering om zuiver biologische geslachtsbepaaldheid gaat.¹⁶⁴ Die suggestie van de ER is overgenomen in het WGB-besluit.

Constateringen, vragen en opmerkingen

Het HvJEG stelt transparantie van de lijst met geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten als vereiste. De Nederlandse lijst zal aan dat vereiste moeten worden getoetst. Transparantie kan onder meer worden bereikt door de verschillende beroepsactiviteiten duidelijk te ordenen. Tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v is het begrippenpaar *absolute* en *relatieve geslachtsbepaaldheid* hiervoor gebruikt, terwijl dit in de nota van toelichting bij het besluit achterwege is gelaten. In het kader van de transparantie lijkt dit een omissie. In de volgende paragrafen komt dit punt ook aan de orde.

4.5 Mannequins

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel b Besluit:

(gelijkluidende bepaling: concept-Reparatiewet art. 5a lid 2 onderdeel d)

¹⁶² *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 33; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p.31.

¹⁶³ NvT bij Besluit, p. 5; NvT bij concept-AMvB (bijlage III bij *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3), p. 46; MvT concept-Reparatiewet, p. 18.

¹⁶⁴ Emancipatieraad 1985a, p. 34.

De beroepsactiviteiten van de mannelijke of de vrouwelijke mannequin die bepaalde kledingstukken moet tonen door ze te dragen.

Geschiedenis bepaling

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v is overwogen dat dit onderdeel betrekking heeft op *relatieve geslachtsbepaaldheid*: op zich zijn mannen en vrouwen in staat om voor de andere sekse bestemde kleding te tonen, al dan niet met behulp van kunstgrepen. De toegelaten eis van geslachtsbepaaldheid wordt dus sterk bepaald door de authenticiteit: is de persoon die vrouwenkleding toont inderdaad een vrouw, respectievelijk de persoon die mannenkleding toont inderdaad een man?¹⁶⁵

In de toelichtingen is volstaan met de mededeling dat dit onderdeel voor zich spreekt. Daaraan is toegevoegd dat dit onderdeel overeenstemt met het bepaalde in het Belgisch Koninklijk besluit inzake geslachtsbepaalde beroepen van 8 februari 1979.¹⁶⁶

Constateringen, vragen en opmerkingen

De term *relatieve geslachtsbepaaldheid* drukt uit waarom deze beroepsactiviteit geslachtsbepaald kan zijn en welk type activiteiten onder deze term kan vallen. Uit de parlementaire behandeling blijkt niet dat het gaat om activiteiten die vanwege de authenticiteit door een man of een vrouw moeten worden verricht, alhoewel zowel mannen als vrouwen hiertoe in staat zijn. De beroepsactiviteiten waarbij authenticiteit een doorslaggevende rol speelt, zijn relatief geslachtsbepaald. Naast de beroepsactiviteiten van mannequins gaat het om modellen en de artistieke beroepen van artikel 5 lid 2 sub b WGB m/v.

4.6 Modellen

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel c Besluit:

(gelijkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel e concept-Reparatiewet)

De beroepsactiviteiten van modellen voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten, kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten.

Geschiedenis bepaling

In de memorie van toelichting bij de concept-Reparatiewet en in de nota van toelichting bij het Besluit is één overweging gewijd aan zowel de beroepsactiviteiten van modellen als van mannequins. Voor het beroep van model is in de toelichtin-

165 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 33; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 31.

166 NvT bij Besluit, p. 5; NvT bij concept-AMvB, p. 47; MvT concept-Reparatiewet, p. 61.

gen dus ook volstaan met de mededeling dat dit onderdeel voor zich spreekt en in overeenstemming is met het Belgisch Koninklijk Besluit inzake geslachtsbepaalde functies van 8 februari 1979.¹⁶⁷ In de nota van toelichting is hieraan toegevoegd dat het begrip “schoonheidsspecialisten” ruim moet worden opgevat: visagisten, make-up specialisten of cosmetologen zouden hiervan andere voorbeelden zijn.¹⁶⁸

Commentaren

Bij de gelijklopende tekst in het concept-wetsvoorstel Reparatiwewet plaatste de CGB(oud) de kanttekening dat de bepaling de indruk zou kunnen wekken een limitatieve opsomming te geven. De Commissie miste als voorbeeld in de opsomming ‘het model voor de visagist(e)’.¹⁶⁹ In de nota van toelichting zijn daarom extra voorbeelden van schoonheidsspecialisten gegeven.

Constateringen, vragen en opmerkingen

Zoals gezegd is ook het beroep van model *relatief geslachtsbepaald* omdat de authenticiteit doorslaggevend is. De vraag kan worden opgeworpen of niet kan worden volstaan met één uitzonderingsbepaling (met een duidelijke omschrijving) voor de relatief geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten waarbij authenticiteit essentieel is. Voorbeelden van deze activiteiten zouden in de toelichting kunnen worden gegeven.

Een lijst waarin veel uitgezonderde beroepsactiviteiten voorkomen, kan ten onrechte de indruk wekken dat de uitzondering de hoofdregel is. Hoofdregel is echter dat alle beroepen open staan voor mannen en vrouwen, geslachtsbepaaldheid is de uitzondering. Met behulp van artikel 5 lid 2 WGB m/v kan ‘in gevallen’ worden vastgesteld of het beroep op de uitzondering is toegestaan.

Bij het antwoord op de vraag of één uitzonderingsbepaling voldoende duidelijkheid biedt, moeten de resultaten van het rechtssociologisch onderzoek en het jurisprudentieonderzoek worden betrokken.

Het argument dat de lijst met geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten moet voldoen aan de eis van transparantie van het HvJEG, geldt uiteraard ook hier. In dat verband kan tevens worden verwezen naar de constatering in paragraaf 3.7 dat de uitzondering voor mannequins en modellen in geval van rasbepaaldheid, in één bepaling in het AWGB-besluit is verwerkt (artikel 2 sub b), terwijl in het WGB-besluit de uitzondering voor mannequins en modellen in geval van geslachtsbepaaldheid in twee aparte bepalingen is opgenomen.

167 NvT bij Besluit, p. 5; NvT bij concept-AMvB, p. 47; MvT concept-Reparatiwewet, p. 61.

168 NvT bij Besluit, p. 5; NvT bij concept-AMvB, p. 47.

169 CGB 1985, p. 7.

4.7 Persoonlijke dienstverlening binnen particuliere huishoudens

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel d Besluit:

(gelijkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onder f Concept-Reparatiewet)

De beroepsactiviteiten binnen particuliere huishoudens die inhouden de persoonlijke bediening, verzorging, verpleging, of opvoeding van dan wel hulpverlening aan één of meer personen.

Geschiedenis bepaling

In de memorie en nota van toelichting staat dat dit onderdeel rechtstreeks voortvloeit uit het arrest van HvJEG van 8 november 1983 (Commissie/Verenigd Koninkrijk, zie par. 2.4.1). Hieraan is toegevoegd dat het Hof in dit arrest overwoog: “(...) dat erkend kan worden dat de uitzondering voor personeel in een particulier huishouden beoogt het beginsel van gelijke behandeling in overeenstemming te brengen met het even fundamentele beginsel van bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dit beginsel kan voor bepaalde betrekkingen een beroep op de uitzondering van geslachtsbepaaldheid rechtvaardigen maar dat gaat niet op voor alle betrekkingen in de particuliere huishoudens”.

Ter verduidelijking staat in de toelichtingen dat het gaat om beroepsactiviteiten binnen de persoonlijke levenssfeer van hen die tot een particulier huishouden behoren, waarbij onder andere lichamelijk contact een rol speelt.

Als voorbeelden van beroepsactiviteiten binnen particuliere huishoudens die onder deze uitzondering kunnen vallen, zijn genoemd: particulier verpleger/verpleegster, gezelschapsdame/heer, gouverneur/gouvernante, kinderoppas, kamenier of lijfbediende. Voorbeelden van beroepsactiviteiten die niet onder deze regel vallen, zouden zijn: kok, keukenpersoneel, schoonmaakpersoneel, chauffeurs, tuinlieden en conciërges.

In de toelichtingen is expliciet vermeld dat het bij de opzet van de regeling behoort dat de geslachtsbepaaldheid van dergelijke betrekkingen steeds per geval worden beoordeeld. Met behulp van dit voorschrift zou bijvoorbeeld ook de oplossing moeten worden gevonden voor moeilijke gevallen als die van huishoudster of particulier secretaris/secretaresse.¹⁷⁰

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v is het verzoek gedaan om mede in verband met deze bepaling de lijst met beroepsactiviteiten uit het Besluit aan een termijn te binden. De lijst zou rolbevestigend kunnen werken bij onderdelen als deze waarbij maatschappelijke opvattingen over het functioneren van mannen en vrouwen een rol spelen. Het verzoek is van regeringswege van de hand

170 NvT bij Besluit, p. 5-6; NvT bij concept-AMvB, p. 47; MvT concept-Reparatiewet, p. 19-20.

gewezen omdat hiermee een extra procedurevoorschrift in het leven zou worden geroepen.¹⁷¹

Ook is verzocht om in de nota van toelichting te spreken over ‘persoonlijk contact’ in plaats van ‘lichamelijk contact’ omdat het vereiste ‘lichamelijk contact’ het onbegrijpelijk zou maken waarom voor opvoedende beroepsactiviteiten in particuliere huishoudens een uitzondering gerechtvaardigd zou zijn. Beslissend voor deze categorie zou de combinatie zijn van persoonlijk contact met de privé-sfeer. Het verzoek om de toelichting te wijzigen, is niet gehonoreerd omdat uit de woorden ‘onder andere’ in de toelichting en uit de voorbeelden in de bepaling zelf voldoende duidelijk zou blijken dat de uitzonderingsbepaling niet alleen van toepassing is op beroepsactiviteiten waarbij sprake is van lichamelijk contact.¹⁷²

Commentaren

Zowel de CGB(oud) als de ER hebben deze uitzondering van de hand gewezen omdat te veel zou worden aangesloten bij maatschappelijke patronen en opvattingen van het ogenblik. De CGB(oud) was van oordeel dat deze uitzondering niet nodig was voor Nederland. Het arrest van het HvJEG betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer waarnaar de memorie van toelichting bij de concept-Reparatiewet verwees, zou ook niet toepasbaar zijn op de Nederlandse situatie.¹⁷³

Constateringen, vragen en opmerkingen

De toelichtingen voeren de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan als grond om deze categorie beroepsactiviteiten op te nemen in het Besluit. Hierbij is niet verwezen naar artikel 10 Grondwet waar de bescherming van dit grondrecht is omschreven. Dat is verwonderlijk, zeker omdat voor de wetgever het uitgangspunt gold dat uitgezonderde beroepsactiviteiten waarbij andere grondrechten in het geding kunnen zijn, in de WGB m/v zelf zouden moeten staan.

Artikel 10 Grondwet heeft op geen enkele manier een rol gespeeld in de discussie, niet tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v en evenmin in de adviezen en commentaren op de concept-Reparatiewet.

De AWGB bakent in artikel 5 lid 3 de toepassing van het discriminatieverbod bij de arbeid expliciet af ten opzichte van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het discriminatieverbod is niet van toepassing op eisen die, gelet op het privé-karakter van de werkverhouding, in redelijkheid aan een werkverhouding kunnen worden gesteld, aldus de bepaling. Hierbij zou vooral gedacht moeten worden aan de persoonlijke verzorging binnen de eigen huishouding, gezinsverband of huiselijke kring.¹⁷⁴

171 *Kamerstukke II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 32-33; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 30.

172 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr.5, p. 32, 33; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 31.

173 Emancipatieraad 1985a, p. 34; CGB 1985, p. 7.

174 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 81.

4.8 Persoonlijke dienstverlening door arbeidsorganisaties

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel e Besluit:

(bijna gelijklopende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel g concept-Reparatiewet; toegevoegde zinsnede ‘*binnen het geheel van de arbeidsorganisatie*’)

De beroepsactiviteiten die inhouden de persoonlijke verzorging, verpleging of opvoeding van dan wel hulpverlening aan personen, indien de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht.

Geschiedenis bepaling

In de toelichtingen is deze uitzondering besproken in samenhang met de uitgezonderde beroepsactiviteit van het in de volgende paragraaf te bespreken artikel 1 onderdeel f Besluit.

In de toelichtingen zijn de bepalingen tezamen aangemerkt als ‘het sluitstuk’ van de regeling van de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. De bepalingen bevatten geen rechtstreekse verwijzing naar concrete beroepsactiviteiten maar zouden een toetsingskader bieden voor de beoordeling van de geslachtsbepaaldheid van beroepen die niet kunnen worden erkend in het kader van de andere onderdelen van artikel 1 Besluit.

Artikel 1 onderdeel e is aangemerkt als de pendant van de persoonlijke dienstverlening in het particuliere huishouden van artikel 1 sub d WGB-besluit. Omdat de beroepsactiviteiten een ander karakter hebben en het toepassingsgebied ruimer kan lijken, is de mogelijkheid om een beroep te doen op deze uitzonderingsgrond op de volgende manier beperkt: “(...) Er ligt evenwel een aanzienlijke beperking in de objectiveerbare eis dat de goede uitoefening van de bewuste beroepsactiviteiten *uitsluitend* (curs. auteur) kan geschieden door personen van een bepaald geslacht, terwijl dit gegeven bovendien in het geheel van de activiteiten van de betreffende arbeidsorganisatie ook een zodanige betekenis moet hebben, dat daaruit consequenties moeten worden getrokken door het aanbieden van de betrekking aan een persoon van een bepaald geslacht”. Daaraan is toegevoegd dat in deze afweging, die zowel bij onderdeel e als bij onderdeel f aan de orde is, derhalve tevens moet worden betrokken “de mogelijkheid om de werkzaamheden in de betreffende arbeidsorganisatie zodanig in te richten dat aan de voorwaarden voor een goede uitoefening van de aangeboden betrekking wordt voldaan zonder dat dit tot gevolg heeft – namelijk omdat personen van beide geslachten beschikbaar zijn – dat een betrekking slechts aan een persoon van een bepaald geslacht moet worden aangeboden”. Uit de laatste overweging valt af te leiden dat arbeidsorganisaties een onderzoeksplicht hebben met betrekking tot de indeling van de werkzaamheden. Onderzocht moet worden of het werk anders ingedeeld kan worden zodat het niet nodig is om iemand van één bepaald geslacht aan te stellen.

Bij artikel 1 sub e van het besluit is in het bijzonder gedacht aan beroepsactiviteiten binnen instellingen waarin het geslacht van cliënten of patiënten een factor

is die sterk meespeelt in de verzorging, verpleging, opvoeding of hulpverlening. Als voorbeelden zijn genoemd: beroepsactiviteiten binnen instellingen die zich bezig houden met de opvang van mishandelde vrouwen of de behandeling van patiënten met ernstige seksuele stoornissen, in therapieën en in het werk van telefonische hulpdiensten. De bepaling zou ook ruimte bieden om binnen jeugdinternaten en vergelijkbare instellingen een zeker evenwicht na te streven tussen het aantal mannelijke en vrouwelijke groepsleiders, onder de voorwaarde dat pedagogische overwegingen aan dit streven ten grondslag liggen en dat dit duidelijk vaststaat.¹⁷⁵

Tijdens de parlementaire behandeling is de nodige kritiek geuit op deze sluitstukbepalingen. Gesteld is dat het hier in tegenstelling tot onderdeel d niet om de persoonlijke levenssfeer gaat. De genoemde beroepsactiviteiten zouden nooit naar de aard van de werkzaamheden geslachtsbepaald kunnen zijn, hooguit vanuit cultureel en sociaal oogpunt. Met betrekking tot de toelaatbaarheid van een zeker evenwicht tussen mannelijke en vrouwelijke groepsleiders in jeugdinternaten en vergelijkbare instellingen, werd de vraag gesteld of hier niet veel meer maatschappelijke waardeoordelen in het geding zijn. Er werd verwezen naar de zaak *Commissie/Verenigd Koninkrijk* waarin het Hof zou hebben overwogen dat een verschil in behandeling slechts mogelijk is indien bepaalde werkzaamheden werkelijk niet door iemand van het andere geslacht kunnen worden gedaan. Dat zou zich binnen arbeidsorganisaties zelden voordoen omdat binnen het totale personeelsbestand veelal aan dergelijke eisen zal kunnen worden tegemoet gekomen. Binnen grotere organisaties zou dit bovendien minder snel een probleem vormen dan binnen kleinere. Al met al was het oordeel dat de uitzondering te ruim is.¹⁷⁶

Van regeringswege zijn de bezwaren van de hand gewezen met verwijzingen naar de argumenten in de nota van toelichting. Daarbij is erkend dat de geslachtsbepaaldheid niet voortvloeit uit de aard van de werkzaamheden maar dat van situatie tot situatie beoordeeld moet worden of een beroep op de uitzondering mogelijk is. Ook is erkend dat hier inderdaad met name maatschappelijke waardeoordelen aan de orde zijn die in de tijd kunnen veranderen. De bepaling zou geschrapt kunnen worden als in geen enkel geval meer een beroep op deze uitzonderingsgrond zal worden gedaan.¹⁷⁷

Commentaren

De CGB(oud) en de ER schonken in hun advisering ruim aandacht aan de ‘sluitstukbepalingen’. In het SER-advies bleef dit volledig buiten beschouwing. De CGB(oud) oordeelde dat deze twee categorieën naast elkaar veel te ruim zijn en stelde voor om de ‘sluitstukregeling’ in één bepaling op te nemen. De dienstverlenende activiteiten waarbij schaamtegevoelens van cliënten een rol kunnen spelen, zouden dan in een bijzin worden genoemd. Daarnaast stelde de CGB(oud) voor de

175 NvT bij Besluit, p. 6; NvT bij concept-AMvB, p. 47-48; MvT concept-Reparatiewet p. 20-21 in soms iets andere bewoordingen dan de nota's van toelichting.

176 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908. nr. 5, p. 33.

177 *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 31.

zinsnede “binnen het totaal van de arbeidsorganisatie” toe te voegen aan de zinsnede “de goede uitoefening van de aangeboden betrekking”. Ook zou uit de memorie van toelichting duidelijker moet blijken dat alleen in het uiterste geval een beroep op deze uitzondering kan worden gedaan. De Commissie was van mening dat in eerste instantie binnen de eigen organisatie naar een oplossing zou moet worden gezocht die zodanig is dat zowel mannen als vrouwen kunnen functioneren.¹⁷⁸

De ER oordeelde dat deze uitzonderingen te veel aansloten bij de maatschappelijke patronen en verwachtingen van dit moment. Dat zou met name blijken uit het voorbeeld uit de memorie van toelichting om in jeugdinternaten het evenwicht te bewaren tussen het aantal mannelijke en vrouwelijk groepsleiders. Dit zou een bevestiging van een traditionele rolverdeling zijn die in de weg staat aan gelijke kansen voor mannen en vrouwen. De ER wees de beide uitzonderingen volledig van de hand.¹⁷⁹

Zoals in het voorgaande is gebleken, is een deel van het advies van de CGB(oud) overgenomen met de toevoeging ‘binnen het geheel van de arbeidsorganisatie’. De formulering in de nota van toelichting is hier en daar iets aangescherpt. Voor het overige hebben de commentaren niet tot bijstelling geleid.

In het advies bij het concept-besluit gelijke behandeling van 1993 overwoog de ER dat deze bepaling niet verder mag strekken dan strikt nodig is voor de bescherming van personen met ernstige schaamtegevoelens bij de persoonlijke verzorging.¹⁸⁰ De ER wees hiermee de uitzonderingen dus niet meer volledig van de hand maar pleitte voor een zeer strikte uitleg.

Constateringen, vragen en opmerkingen

De vrees voor ongerechtvaardigde uitsluiting van beroepsactiviteiten op grond van stereotype denkbepelden klinkt duidelijk door in de commentaren. Het valt op dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van patiënten en cliënten als mogelijke grond om een beroepsactiviteit als geslachtsbepaald aan te merken, tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v van de hand is gewezen. In het AWGB-evaluatierapport is daarentegen juist betoogd dat bij deze uitzonderingsgrond de door artikel 10 Grondwet beschermde persoonlijke levenssfeer in het geding is.¹⁸¹ Overigens is ook tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB uitdrukkelijk overwogen dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van andere personen een rol kan spelen bij het als geslachtsbepaald aanmerken van beroepsactiviteiten. In situaties waarbij lichamelijk contact een rol speelt zoals bij de verpleging en persoonlijke verzorging van personen zijn de persoonlijke opvattingen van die personen een relevante factor.¹⁸²

De vraag welke rol de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van patiënten en cliënten kan en mag spelen bij het uitsluiten van de toegang tot be-

178 CGB 1985, p. 8.

179 Emancipatieraad 1985a, p. 34-35.

180 Emancipatieraad 1993, p. 4.

181 Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 153.

182 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 72-73.

roepsactiviteiten op grond van geslacht, kan niet onbeantwoord blijven. De criteria die het HvJEG heeft ontwikkeld in de jurisprudentie omtrent artikel 2 lid 2 EG-Richtlijn 76/207 zullen bij de beantwoording in ieder geval een rol moeten spelen.

Het verdient opmerking dat de hierboven genoemde weergave van het arrest *Commissie/Verenigd Koninkrijk* tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v onjuist is. (vgl. hoofdstuk 2).

4.9 Dienstverlening en schaamtegevoelens bij cliëntèle

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel f. Besluit:

(bijna gelijkkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel h concept-Reparatiewet; toegevoegde zinsnede ‘*binnen het geheel van de arbeidsorganisatie*’)

De beroepsactiviteiten die inhouden de behandeling of de bejegening van personen, indien wegens ernstige schaamtegevoelens bij deze personen de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht.

Geschiedenis bepaling

Zoals in de vorige paragraaf is besproken, is deze bepaling van artikel 1 onderdeel f Besluit in de toelichtingen in samenhang besproken met de uitgezonderde beroepsactiviteiten in artikel 1 onderdeel e Besluit. Tezamen zijn de bepalingen aangemerkt als het sluitstuk van de regeling van de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. De bepalingen bevatten geen rechtstreekse verwijzing naar concrete beroepsactiviteiten maar zouden een toetsingskader bieden voor de beoordeling van beroepen op geslachtsbepaaldheid die niet kunnen worden erkend in het kader van de andere onderdelen van het WGB-besluit.

In de vorige paragraaf zijn de belangrijkste overwegingen uit de parlementaire geschiedenis omtrent de betekenis van de onderdelen e en f weergegeven. De mogelijkheden om een beroep op deze bepalingen te doen, zijn blijkens de overwegingen beperkt. Op deze plaats kan worden volstaan met een korte samenvatting van de overwegingen. Er moet eerst objectief aangetoond kunnen worden dat de activiteit in kwestie alleen door een persoon van een bepaald geslacht kan worden uitgeoefend. Bovendien moet blijken dat het bezien vanuit het geheel van de betrokken arbeidsorganisatie noodzakelijk is dat iemand van één bepaald geslacht voor de functie wordt aangetrokken. Ook moet binnen de arbeidsorganisatie zijn onderzocht of door een andere indeling van de werkzaamheden het niet nodig is om iemand van één bepaald geslacht aan te stellen.

De beroepsactiviteiten van visiteurs en visiteuses zijn als voorbeeld genoemd van art. 1 onderdeel f Besluit. Bij de beroepsactiviteit visiteren door bijvoorbeeld douane- of gevangenispersoneel, kan rekening worden gehouden met ernstige

schaamtegevoelens van sommige personen bij uitgebreid lijfsonderzoek door personen van het andere geslacht.¹⁸³

De bezwaren die tijdens de parlementaire behandeling naar voren zijn gebracht, betroffen de beide bepalingen tezamen. De kern was dat deze beroepsactiviteiten nooit naar de aard van de werkzaamheden geslachtsbepaald kunnen zijn, hooguit vanuit cultureel en sociaal oogpunt. Maatschappelijke waardeoordelen zouden een te grote rol spelen. De uitzonderingsgronden en de nota van toelichting bleven gehandhaafd omdat geoordeeld werd dat de gegeven toelichting een voldoende duidelijk antwoord gaf op de geuite bezwaren (vgl. par. 4.8).

Commentaren

De commentaren van de ER en de CGB(oud) hadden ook betrekking op de beide bepalingen tezamen. Een terugverwijzing naar paragraaf 4.8 is op zijn plaats.

Constateringen, vragen en opmerkingen

Voor de vraagpunten wordt eveneens terugverwezen naar paragraaf 4.8.

4.10 Feitelijke belemmering vanwege beschermende wetgeving

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel g Besluit:

(gelijkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel i concept-Reparatiewet)

De beroepsactiviteiten waarvan de vervulling of uitoefening door personen van een bepaalde geslacht feitelijk wordt belemmerd door wettelijke voorschriften betreffende de bescherming van personen van dat geslacht bij de arbeid.

Geschiedenis bepaling

Deze bepaling is opgenomen omdat sommige beroepsactiviteiten door wettelijke voorschriften op het gebied van de arbeidsbescherming feitelijk niet vervuld of uitgeoefend kunnen worden door personen van een bepaald geslacht. Het moet dan mogelijk zijn de betrekking geslachtsbepaald aan te bieden. De bepaling stelt als vereiste ‘feitelijk wordt belemmerd’ en dat betekent dat de regeling van werkzaamheden binnen de betreffende arbeidsorganisatie geen ruimte biedt voor een andere oplossing.

Als voorbeeld van beschermende wetgeving is de Stuwadoorswet genoemd op grond waarvan vrouwen geen stuwadoorswerk mochten verrichten.¹⁸⁴

183 NvT bij Besluit, p. 6, 7; NvT bij concept-AMvB, p. 47-48; MvT concept-Reparatiewet, p. 20-21 in soms iets andere bewoordingen dan de nota's van toelichting.

184 NvT bij Besluit; NvT bij concept-AMvB p. 48; MvT concept-Reparatiewet, p. 22.

Commentaren

De SER heeft alleen commentaar geleverd op dit specifieke onderdeel van de lijst met beroepsactiviteiten. De SER was van mening dat dit voorschrift geen alibi mag zijn om bepalingen met beschermende bedoelingen die niet langer gefundeerd zijn, te laten voortbestaan. Verder oordeelde de SER dat de arbeidsomstandighedenwetgeving, in het bijzonder de normstelling met betrekking tot gevaarlijke stoffen, in beginsel zo moet zijn dat mannen en vrouwen gelijk toegang tot de arbeid hebben. Binnen de SER was er verdeeldheid over de vraag of het aanvaardbaar is om in bepaalde situaties verschillende normen voor mannen en vrouwen op te stellen.¹⁸⁵

De ER miste een toelichting over voornemens met betrekking tot de toekomst van wettelijke bepalingen die de toegang van personen van bepaald geslacht tot bepaalde functies en beroepen belemmeren.¹⁸⁶ In 1993 adviseerde ER deze bepaling te laten vervallen omdat met het vervallen van het verbod op stuwadoorsarbeid voor vrouwen het laatste wettelijke verbod zou zijn weggenomen.¹⁸⁷

De CGB(oud) bepleitte om dit onderdeel als een overgangsartikel op te nemen met in de memorie van toelichting een overzicht van de betrokken beschermende wetgeving en tevens een overzicht van de voornemens tot wijziging. Volgens de CGB(oud) zou deze categorie in beginsel niet thuis horen in de WGB.¹⁸⁸

Constateringen, vragen en opmerkingen

De bepaling spreekt over 'wettelijke voorschriften' betreffende de bescherming. Het is de vraag of hiermee alleen wordt bedoeld op een wet in formele zin of dat ook beschermende bepalingen in lagere regelgeving tot geslachtsbepaaldheid van beroepsactiviteiten kan leiden. In de toelichtingen is dit niet opgehelderd.

Het is ook de vraag welke beschermende regelgeving thans nog voorkomt, wat de juridische grondslag hiervan is en wat de redenen voor de bescherming zijn. Een overzicht van de stand van zaken op dit moment ontbreekt, evenals inzicht in de vraag of er specifieke bescherming voor vrouwen dan wel voor mannen bestaat.

In de adviezen is de noodzaak voor beschermende bepalingen ter discussie gesteld omdat zij zowel in Nederland als in andere EG-lidstaten van oudsher vooral op vrouwen betrekking hadden en tot uitsluiting van vrouwen leidden. In het vorige hoofdstuk is gewezen op de kritiek van de ER en in de literatuur op de relatie die in het AWGB-besluit wordt gelegd tussen bescherming van vrouwen en geslachtsbepaaldheid. Een bezwaar is dat beschermende bepalingen voor een deel een duidelijke culturele achtergrond hebben. Het verbod op nachtarbeid en op stuwadoorswerk zijn hiervan voorbeelden. Een ander bezwaar is dat bescherming van vrouwen in verband met moederschap geen uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling kan zijn omdat de geboden bescherming een onderdeel is van de gelijke behandeling zelf.

185 SER 1985, p. 20-21.

186 Emancipatieraad 1985a, p. 35.

187 Emancipatieraad 1993, p. 4.

188 CGB 1985, p. 8.

De toepassingsmogelijkheden van de bepaling zullen voorts getoetst moeten worden aan de eisen die het HvJEG stelt aan het gebruik van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207.

4.11 Werken in het buitenland en buitenlandse rechtsstelsels

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel h. Besluit:

(gelijkluidende bepaling: art. 5a lid 2 onderdeel j concept-Reparatiewet)

De beroepsactiviteiten die uitgeoefend worden:

- in andere Lidstaten van de Europese Gemeenschappen, indien in de betreffende Lidstaat ingevolge de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 (76/207/EG) deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden;
- in landen die geen Lidstaat zijn van de Europese Gemeenschappen, indien door het aldaar geldende recht of de aldaar heersende zedelijke of godsdienstige opvattingen deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden.

Geschiedenis bepaling

In de toelichting is volstaan met de mededeling dat deze bepaling grotendeels overeenstemt met het Belgisch Koninklijk Besluit inzake geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten van 8 februari 1979.¹⁸⁹

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v hebben kamerleden gevraagd waarom het nodig is om rekening te houden met uitzonderingsbepalingen die in andere landen gelden, of dat altijd noodzakelijk is, ook – en met name – als het gaat om personeel dat in dienst is van een Nederlandse bedrijf.¹⁹⁰ De vragen zijn onbeantwoord gebleven.

Commentaren

De CGB(oud) achtte deze uitzondering niet toelaatbaar voor zover geanticipeerd wordt op toekomstige ontwikkelingen binnen een bedrijf. Vrouwen zouden bijvoorbeeld niet geweerd mogen worden omdat een bedrijf in de toekomst activiteiten in Arabische landen gaat ontplooiën. Tevens was de CGB(oud) van opvatting dat in eerste instantie binnen de eigen arbeidsorganisatie naar een oplossing moet worden gezocht, zodanig dat zowel mannen als vrouwen kunnen functioneren. Volgens de Commissie zou een beroep op dit onderdeel verder alleen mogelijk moeten zijn als de geslachtsbepaaldheid berust op vigerende wetgeving in het be-

¹⁸⁹ NvT bij Besluit, p. 7; NvT bij concept-AmvB, p. 48; MvT concept-Reparatiewet, p. 22.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 34.

treffende land. Heersende opvattingen zouden dus buiten beschouwing moeten blijven.¹⁹¹

De ER wees erop dat deze uitzondering kan meebrengen dat bij de werving en selectie in Nederland onderscheid kan worden gemaakt op grond van elders heersende opvattingen die niet in Nederland worden aanvaard. Dit zou niet mogelijk moeten zijn.¹⁹²

Constateringen, vragen en opmerkingen

De argumentatie in de toelichting voor deze categorie is erg mager. Er is geen aandacht geschonken aan de vragen en opmerkingen bij deze bepaling. De kritische kanttekeningen in de adviezen betreffen vooral het tweede onderdeel van de bepaling, waarin de mogelijkheid om beroepsactiviteiten als geslachtsbepaald aan te merken zeer ruim geformuleerd is. Het eerste onderdeel heeft weinig kritiek ontmoet. Dit zal samenhangen met de uniformerende werking die uitgaat van de toetsing aan de vereisten van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 op de betrokken wet- en regelgeving van de verschillende EG-lidstaten.

4.12 Krijgsmacht

Omschrijving

Artikel 1 onderdeel i Besluit:

(deze bepaling kwam niet voor in de concept-Reparatiewet omdat de krijgsmacht buiten de werkingssfeer van dat wetsvoorstel viel)

De door de minister van Defensie aan te wijzen beroepsactiviteiten bij de Krijgsmacht.

Geschiedenis bepaling

In de memorie van toelichting bij de WGB m/v is overwogen dat in principe alle functies bij de krijgsmacht opengesteld zijn voor vrouwen maar dat de taakuitoefening van de krijgsmacht grenzen stelt aan dit principe. Het zou gaan om de mogelijkheid voor vrouwen om te voldoen aan de fysieke eisen die voor sommige functies worden gesteld en om praktische belemmeringen die in het kader van de huisvesting bestaan. Vanuit de Tweede Kamer is kritisch gereageerd. Artikel 1 onder i Besluit zou de Minister van Defensie een ongeclausuleerd bevoegdheid geven om beroepsactiviteiten als geslachtsbepaald aan te wijzen terwijl het aanvoeren van fysieke eisen en praktische belemmeringen als algemene gronden voor geslachtsbepaaldheid in strijd is met het verbod om onderscheid te maken. Van regeringswege is aangevoerd dat het alleen zou gaan om de functies die in de nota van toelichting

191 CGB 1985, p. 9.

192 Emancipatieraad 1985, p. 35.

bij het Besluit zijn vermeld.¹⁹³ Het gaat om beroepsactiviteiten bij het Korps Mariniers en aan boord van onderzeeboten en kleine vaartuigen bij de Koninklijke Marine.¹⁹⁴ Voor wat de schepen betreft zou de ruimte te gering zijn om de accommodatie zo aan te passen dat gemengd varen mogelijk is.¹⁹⁵

Er is nooit een expliciet aanwijzingsbesluit gevolgd ter uitvoering van de bevoegdheid van artikel 1 lid 1 onderdeel i Besluit. Uit parlementaire en andere stukken blijkt dat de zojuist genoemde functies nog steeds als geslachtsbepaald gelden.¹⁹⁶

Commentaren

De ER heeft in het advies *Vrouw in de Krijgsmacht* geconstateerd dat argumenten als gebrek aan privacy en aan gescheiden voorzieningen alleen in zeer bijzondere omstandigheden een rechtvaardiging kunnen zijn om vrouwen uit te sluiten van de toegang tot bepaalde functies. Het (tijdelijk) creëren van aparte vrouwelijke eenheden zou een oplossing kunnen zijn om dergelijke problemen op te lossen. Volgens de ER zouden zwaardere geschiktheideisen, zoals bij het Korps Mariniers, nooit tot een categorische uitsluiting van vrouwen mogen leiden zonder hen te testen op geschiktheid.¹⁹⁷

Het voorstel om tijdelijk aparte vrouwelijke eenheden te creëren is door het ministerie van Defensie van de hand gewezen omdat dit eerder bevorderlijk zou zijn voor segregatie dan voor integratie. Goldschmidt merkte hierover op dat het moeilijk valt in te zien waarom het categorisch uitsluiten van vrouwen te verkiezen zou zijn boven aparte eenheden.¹⁹⁸

Het gegeven dat het ministerie van Defensie ‘op praktische gronden’ de bovengenoemde functies als geslachtsbepaald bleef aanmerken, was voor de ER aanleiding om in 1993 voor te stellen artikel 1 sub i Besluit helemaal te schrappen.¹⁹⁹

Constateringen, vragen en opmerkingen

Het HvJEG heeft in de arresten *Sirdar* en *Kreil* de betekenis van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 voor het beleid van de lidstaten inzake de openbare veiligheid uiteengezet. Het Hof heeft de lidstaten extra discretionaire bevoegdheid toegekend op dit beleidsterrein. Deze bevoegdheid is niet onbeperkt en het is de vraag of een zo ruim geformuleerde bepaling als de onderhavige wel in overeenstemming is met deze jurisprudentie. De bevoegdheid van de minister om beroepsactiviteiten als geslachtsbepaald aan te merken is immers niet beperkt tot nader gespecificeerde activiteiten. Gezien de rechtspraak lijkt het wel nodig een dergelijke beperking aan te brengen. Hieraan doet niet af dat het gebruik van de bevoegdheid tot dusverre

193 *Kamerstukken II*, 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 5-6; nr. 5, p. 4-5; *Kamerstukken II*, 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 6 en p. 31.

194 NvT bij Besluit, p. 7; NvT bij concept-AMvB p. 48.

195 *Kamerstukken II*, 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 6 en p. 31.

196 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 436, nr. 1, p. 5, 9, 10; oordeel CGB 00-38.

197 Emancipatieraad 1985b, p. 5-6.

198 Goldschmidt 1986.

199 Emancipatieraad 1993, p. 4.

beperkt is gebleven tot het uitsluiten van vrouwen van functies bij het Korps Mariniers, aan boord van onderzeeboten en kleine vaartuigen. De bepaling maakt het mogelijk om de bevoegdheid te gebruiken op een manier die in strijd komt met artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207.

Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat fysieke eisen en praktische belemmeringen een reden kunnen zijn om vrouwen uit te sluiten van functies binnen bepaalde onderdelen van de krijgsmacht. Deze benadering kan passen binnen de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten. In *Sirdar* heeft het Hof het gebruik van dergelijke argumenten om die reden toegestaan. Dat betekent niet dat Nederland de argumenten om tot uitsluiting van vrouwen over te gaan niet aan een kritische analyse zou moeten onderwerpen.

4.13 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de elf geslachtsbepaalde beroepscategorieën toegelicht en commentariseerd. Het geheel overziend zijn enkele concluderende opmerkingen te maken.

In het algemeen is te constateren dat de wetgever de uitzonderingen op twee manieren rubriceert. Een eerste onderscheid is dat tussen absoluut en relatief geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Een absoluut geslachtsbepaalde beroepsactiviteit is biologisch/fysiologisch bepaald omdat lichamelijke hoedanigheden of lichaamsfuncties in het geding zijn die slechts eigen zijn aan één bepaald geslacht. Drie categorieën van de lijst zouden relatief geslachtsbepaald zijn omdat er een voorkeur is voor een man of een vrouw vanwege de authenticiteit (artistieke beroepsactiviteiten, mannequins en modellen), ook al zijn op zich zowel mannen als vrouwen in staat om de betrokken activiteiten te verrichten. Bij de overige uitzonderingen is niet aangegeven of zij absoluut dan wel relatief van aard zijn. Bij nadere beschouwing kan echter zonder meer vastgesteld worden dat zij allemaal relatieve geslachtsbepaaldheid betreffen. Het gaat in alle gevallen om activiteiten die zowel door mannen als door vrouwen kunnen worden verricht.

Daarnaast hanteert de wetgever een ander onderscheid. Enkele bepalingen hebben te maken met de botsing van grondrechten en een aantal niet. Volgens dat onderscheid heeft de verdeling van de bepalingen over wet en besluit plaatsgevonden. Geconstateerd is echter dat er méér bepalingen zijn die betrekking hebben op botsing van grondrechten. Bij de persoonlijke dienstverlening binnen particuliere huishoudens, binnen arbeidsorganisaties en bij dienstverlening waarbij schaamtegevoelens van cliënten van betekenis kunnen zijn, speelt bescherming van de persoonlijke levenssfeer van cliënten/patiënten en rol. Deze uitzonderingen staan niet in de wet maar in het WGB-besluit. Niet duidelijk is of de wetgever met plaatsing in de WGB m/v heeft willen aangeven dat bij deze uitzonderingen (het geestelijk ambt en artistieke beroepsactiviteiten) het grondrecht dat in het geding is het zonder meer het primaat heeft boven het beginsel van gelijke behandeling. Evenmin is duidelijk of bij de in het besluit opgenomen uitzonderingen waarbij botsing van grondrechten aan de orde is, niet bij voorbaat de voorrang voor het ene of het ande-

re grondrecht is vastgelegd. Een en ander is niet bevorderlijk voor de inzichtelijkheid van de regelgeving.

Voorts is gebleken dat er in vergelijking met overeenkomende uitzonderingen uit het AWGB-besluit nogal wat discrepanties zijn te constateren.

Voor wat betreft iedere uitzondering afzonderlijk is te constateren dat – althans volgens het parlement en de adviesorganen – maatschappelijke opvattingen een grote rol hebben gespeeld. Wellicht in verband daarmee lijken alle commentaren te indiceren dat er buiten de uitzonderingen die in de WGB m/v en in het WGB-besluit zijn genoemd, geen geslachtsbepaalde functies denkbaar moeten en mogen zijn. Met andere woorden, de behandelde uitzonderingen mogen geacht worden een ‘gesloten systeem’ te vormen.

5. De regelgeving in acht EG-landen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het relevante recht met betrekking tot beroepen of beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, in een aantal andere EG-lidstaten onderzocht. Het doel is na te gaan of de vigerende regelingen, de rechtspraak of eventuele discussies daaromtrent, in de bestudeerde landen inspiratie opleveren voor Nederland, dan wel argumenten geven voor herziening van de in Nederland toegelaten uitzonderingen.

Nagegaan is of er in de desbetreffende landen van de bevoegdheid tot het maken van uitzonderingen gebruik is gemaakt, of er een 'lijst' met uitzonderingen bestaat, wat de juridische vorm en de inhoud daarvan is, en welke uitzonderingen in de rechtspraak ter discussie zijn geweest of om andere redenen ter discussie staan. Onderzocht is voorts of, en zo ja welke, uitzonderingen in de loop der jaren zijn herzien.

Acht landen zijn in het onderzoek betrokken, en wel die landen die ten tijde van de totstandkoming van richtlijn 76/207, evenals Nederland, deel uitmaakten van de EG. In alfabetische volgorde gaat het om België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk.

Het onderzoek is verricht aan de hand van literatuur van de Europese Commissie. Daarnaast is aan alle genoemde landen een vragenlijst gestuurd. In Bijlage 1 wordt aangegeven aan wie de vragenlijst is gestuurd, hoe de vragenlijst luidde en welke overige literatuur is gebruikt. De informatie was uit sommige landen schaars. Het gevolg is dat het voorbehoud moet worden gemaakt dat het hierna te geven beeld van de situatie in de onderzochte landen niet geheel compleet is.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 5.2 wordt inzicht gegeven in de vorm van de relevante regelingen. Paragraaf 5.3 geeft een globaal overzicht van de inhoud van de desbetreffende regelingen. In paragraaf 5.4 wordt ingegaan op de wijzigingen die zich in de loop der jaren hebben voorgedaan en de redenen daarvoor. In paragraaf 5.5 komt relevante rechtspraak aan de orde, alsmede bijzondere punten van discussie in de diverse landen. In paragraaf 5.6 volgt een samenvatting en conclusie. Bijlage 2 ten slotte behelst drie 'lijsten' van drie verschillende landen in de oorspronkelijke taal. Zij zijn dermate ingewikkeld geformuleerd dat niet volstaan kon worden met een eenvoudige samenvatting.

5.2 Vorm en werkingssfeer van de regelingen

In alle landen is de uitsluiting van beroepen/beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is in de termen van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 in een wettelijke bepaling opgenomen (wet in formele zin). De reikwijdte van de desbetreffen-

de wet loopt uiteen. De meeste landen maakten in de periode 1975-1981 ter implementatie van de richtlijn een aparte wet betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Enkele landen echter implementeerden de richtlijn in een reeds bestaande wet. Dat was het geval in Duitsland en Frankrijk. In Duitsland werd in het Bürgerliches Gesetzbuch (BG) artikel 611 ingevoegd. In Frankrijk werd de bepaling ingevoegd in het arbeidsrecht, de Code du Travail, meer in het bijzonder in artikel L 123 lid 1.

Deze verschillende wijze van verwerken vestigt direct de aandacht op een belangrijk punt: de werkingssfeer van de regelingen. De speciale 'gelijkebehandelingswetten' zijn allemaal van toepassing op zowel de particuliere als de overheidssector. In Duitsland en Frankrijk echter zijn de regelingen, door de invoering in wetten die alleen betrekking hebben op de particuliere sector, slechts van toepassing op de particuliere sector. Duitsland heeft daarnaast wel een algemene grondwettelijke bepaling inzake gelijke behandeling bij de overheid in artikel 33 van de Grondwet. Daarin komt echter de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten niet voor. In Frankrijk kwam voor overheidsfuncties een aparte wet tot stand. In beide laatstgenoemde landen is er derhalve een duidelijk onderscheid tussen uitzonderingen die gelden voor functies bij de overheid, of door de overheid gereguleerde functies enerzijds, en werkzaamheden in de particuliere sector anderzijds. Dat onderscheid is weliswaar in alle andere landen ook aanwezig, maar het is minder expliciet.

In veel landen is de wetgeving ter zake in de loop der jaren bijgesteld, of is een herzieningsprocedure gaande, mede in verband met de implementatie van de EG-ras- en -kaderrichtlijn.²⁰⁰ De verkregen informatie geeft echter nauwelijks uitsluitsel over de nieuwe wetgeving. De indruk is dat deze wetgeving geen invloed heeft op de regelgeving inzake discriminatie op grond van geslacht, in ieder geval niet voor zover het de uitzonderingen betreft. Hierna wordt dan ook uitgegaan van de wetten die op grond van richtlijn 76/207 tot stand kwamen.

De manier waarop de generale uitsluiting nader wordt ingevuld loopt per land sterk uiteen. In het algemeen kan ook niet gezegd worden dat elk land een 'lijst' kent, of dat die nadere invulling zo wordt aangeduid.

De situatie is aldus. In België bepaalt artikel 9 van de wet van 7 mei 1999²⁰¹ dat een koninklijk besluit de gevallen kan bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden voor een betrekking of voor een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan. Een dergelijk besluit kwam

200 Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180/22; Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

201 Oorspronkelijke bepaling: artikel 122 van de wet van 4 augustus 1978. Deze wet werd gewijzigd vanwege het feit dat België al langere tijd een federale staat was. De tekst van art. 9 van de nieuwe wet is exact gelijk aan die van art. 122 van de oude wet (bron: antwoord op vragenlijst).

tot stand bij KB van 8 februari 1979.²⁰² In beginsel omvat dit besluit zowel de private als de publieke sector.

In *Denemarken* bepaalt de wet (wet van 12 april 1978 over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces) na de algemene formulering van de uitsluiting in dezelfde bepaling dat de minister op wiens ambtsterrein de betrokken activiteiten liggen, een afwijking kan toestaan, na raadpleging van de minister van arbeid en de raad voor gelijke behandeling. Zolang een dergelijk besluit niet is genomen is de toepassing van de uitzondering opgeschort. In de loop der jaren zijn een aantal door diverse ministers goedgekeurde uitsluitingen ontstaan.

De *Duitse* wetgeving in het BG kende aanvankelijk geen enkele nadere uitwerking van de algemene uitzondering. Na aanvaring met de Europese Commissie²⁰³ en een discussie in de juridische wetenschap of de algemene formulering nu extensief of restrictief mocht of moest worden uitgelegd²⁰⁴ bracht de regering in 1987 een 'lijst' uit, de 'Ausnahmenkatalog', die zowel de private als de publieke sector omvat. Over de juridische status van het document wordt echter gedebatteerd. Het is geen besluit en heeft geen bindende kracht. Het dient slechts als een richtsnoer voor de rechter bij de interpretatie in een concrete casus. In het antwoord op de vragenbrief wordt gesteld dat de regering weigert om de zaak grondig te regelen. Daardoor is het moeilijk om volledig zicht te krijgen op eventuele resterende regels met discriminerende effecten.

In *Frankrijk* is de algemene clausule van artikel L 123 lid 1 van de Code du Travail uitgewerkt in een ministerieel besluit (d.d. 25 mei 1984). Het bevat een 'lijst' geconcretiseerde uitzonderingen voor de private sector. In een annex bij het besluit zijn de uitgezonderde overheidsfuncties opgesomd.

In *Ierland* wordt de algemene clausule uit de wet (Employment Equality Act van 1978 (EEA)) in diverse bepalingen van dezelfde wet nader uitgewerkt voor zowel de particuliere als de publieke sector. Voor zover het de particuliere sector betreft kan worden gesproken van een 'lijst'.

In *Italië* wordt in de laatste alinea van artikel 1 van de wet (wet 903 van 9 december 1977 over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake arbeid) bepaald dat het feit dat rekrutering voor een functie in de sectoren mode, kunst en theaterwezen, afhankelijk wordt gesteld van het geslacht, geen discriminatie betekent. Dit is tevens de 'lijst' voor zover het de particuliere sector betreft. Voor de publieke sector is nooit een lijst of zelfs maar een overzicht gemaakt. Er zijn echter verschillende regelingen die vrouwen uitsluiten voor bepaalde overheidsfuncties.

In *Luxemburg* bepaalt de wet (wet van 18 december 1981) dat er bij koninklijk besluit een lijst gemaakt kan worden. Een dergelijk besluit kwam nooit tot stand. Enkele regelingen van de overheid sluiten vrouwen van bepaalde functies uit.

202 Het desbetreffende KB kwam tot stand in het kader van de wet van 4 augustus 1978. De wet van 9 mei 1999 had geen invloed op de inhoud van het KB, dat ook voor het overige nooit is gewijzigd (bron: antwoord op vragenlijst).

203 HvJEG 21 mei 1985 (*Commissie-BRD*), *Jur.* 1985, p. 1459, zie hoofdstuk 2.

204 Bertelsmann & Rust 1995 en antwoord op vragenbrief.

De situatie in het *Verenigd Koninkrijk* is vergelijkbaar met die in Ierland. In de wet zelf (Sex Discrimination Act van 1975 (SDA); voor Noord Ierland de Sex Discrimination Order) staan zowel de algemene uitsluitingsbepaling als de nadere uitwerking daarvan als in diverse bepalingen. Artikel 7 SDA bevat een 'lijst' die van toepassing is op de particuliere sector. Andere bepalingen van de wet gelden voor overheids- of door de overheid gereguleerde functies.

Geconcludeerd kan worden dat de juridische situatie in de onderscheiden landen aanzienlijk uiteenloopt. Voor zover het betreft de scheiding tussen de particuliere en de overheidssector kan vastgesteld dat diverse gradaties te onderscheiden zijn. Nederland vertoont daarmee vergeleken nog weer een eigen variant. Het BW heeft betrekking op de particuliere sector, de WGB op de publieke sector en op onderdelen ook op de particuliere sector, de AWGB op beide sectoren. De Nederlandse lijst met uitzonderingen had echter vanaf het begin al betrekking op beide sectoren.

Eveneens uiteenlopend in de onderscheiden landen is de juridische kwalificatie van de uitzondering. De Duitse wet stelt bijvoorbeeld dat verschil in behandeling op grond van geslacht is toegestaan als de aard van de beroepsactiviteit zulks vereist en het geslacht een beslissende voorwaarde vormt voor de uitoefening daarvan. In andere landen wordt bepaald dat de wet niet van toepassing is op (bepaalde) beroepen waarvoor het geslacht bepalend is of dat deze activiteiten buiten de reikwijdte van de wet vallen. In Italië stelt de wettelijke bepaling dat de rekrutering voor functies in de mode, kunst en het theaterwezen die afhankelijk wordt gesteld van het geslacht geen discriminatie betekent. In Ierland en het Verenigd Koninkrijk worden de uitzonderingen deels gekwalificeerd als een 'Genuine Occupation Qualification (GOQ) defence'. Dat wil zeggen dat de werkgever één van de op de lijst voorkomende criteria kan gebruiken als verdediging tegen de aanklacht van discriminatie. Voor andere uitzonderingen geldt dat zij van de werking van de wet zijn uitgesloten. In Denemarken is het uitgangspunt dat er geen uitzonderingen zijn, tenzij. Nederland noemt alle uitzonderingen uitsluitend 'uitzonderingen'. Ten aanzien van kerkelijke ambt echter bestaat een ambivalente situatie. Volgens de WGB m/v is het geestelijk ambt een uitzondering, volgens de AWGB is het geestelijk ambt uitgesloten van de werking van de AWGB (vgl. hoofdstuk 4).

5.3 Inhoud van de regelingen

5.3.1 Inhoud

Tussen 1980 en heden is in de meeste landen het aantal uitzonderingen afgenomen, zie paragraaf 5.4. Het hierna volgende overzicht geeft – voor zover te achterhalen – de actuele situatie weer. Omdat in de meeste landen onderscheid wordt gemaakt tussen de private en de publieke sector worden de uitzonderingen hierna ook afzonderlijk aangegeven.

België

Het koninklijk besluit noemt voor de particuliere sector de volgende gevallen:

1. personen die de betrekking of beroepsactiviteit uitoefenen van:
 - toneelspeler, toneelspeelster, zanger, zangeres en artiesten die mannelijke of vrouwelijke rollen moeten vervullen;
 - mannequin die zich moet kleden met het doel kledingstukken voor te stellen;
 - model voor schilders, beeldhouwers, fotografen, schoonheidsinstituten.
2. betrekkingen of beroepsactiviteiten die worden uitgeoefend in landen buiten de EEG waar de wetten en gewoonten eisen dat zij worden uitgeoefend door personen van een bepaald geslacht.

In de publieke sector golden al vóór richtlijn 76/207 een reeks wettelijke regelingen inzake functies waarvoor vrouwen waren uitgesloten. Het ging om functies bij de douane, het kadaster, in het gevangeniswezen, burgerlijk personeel van de Dienst Militaire veiligheid, functies bij de jeugdbescherming, de burgerbescherming en het leger. Daarnaast was er een regeling met betrekking tot fijne laboratoriumwerkzaamheden. Deze functies waren voor vrouwen gereserveerd. Bij de totstandkoming van het KB kreeg de Belgische overheid de gelegenheid om aan te geven voor welke van deze beroepen zij het geslacht een bepalende factor achtte. De overheid liet niets van zich horen. Formeel moest daarom worden aangenomen dat voor geen van de genoemde functies het geslacht nog bepalend werd geacht. Aanvankelijk werd er echter wel aan getwijfeld of die constatering juist was.²⁰⁵ In latere literatuur wordt van die twijfel niets meer vernomen. Maar dat zij terecht was blijkt uit diverse rechterlijke uitspraken, waarop in paragraaf 5.4 wordt ingegaan. Ook de twijfel aan de toegang van vrouwen tot het leger was terecht. In het antwoord op de vragenbrief wordt gemeld dat het Ministerie van Defensie zich nooit wat heeft aangetrokken van (thans) artikel 9 van de wet van 7 mei 1999. Dit ministerie hanteerde een eigen interpretatie van de grondwettelijke bepaling over de krijgsmacht. Als het zo uitkwam werd gezegd dat de rechten en verplichtingen van dat personeel niet door een gewone, maar door een speciale wet moeten worden geregeld. Niemand heeft ze ooit tegengesproken. Daardoor was het tot voor kort niet zeker of de wet van 7 mei 1999 al of niet van toepassing was op het leger. Pas sinds de arresten *Sirdar* en *Kreil*²⁰⁶ wordt daar anders over gedacht.

Over de al of niet-toepasselijkheid van de algemene uitzonderingsmogelijkheid op de clerus is nooit gesproken in België. De wet van 4 augustus 1978 refereerde er niet aan, evenmin als die van 7 mei 1999. Het schijnt te zijn geaccepteerd dat priesters en leden van religieuze ordes geen werknemers zijn en daarom wat dit onderwerp betreft buiten de reikwijdte van de wet vallen.²⁰⁷

205 Europese Commissie 1981, p. 41.

206 HvJEG 26 oktober 1999 (*Sirdar*), *JAR* 1999, 279; HvJEG 11 januari 2000 (*Kreil*), *JAR* 2000, 47, zie par. 2.4.

207 De Vos, Herbert & Jacqmain 1998.

Denemarken

Voor de particuliere sector geldt dat bij totstandkoming van de wet voorbeeldsgevijs is gewezen op het beroep van acteur, personeel in badhuizen of zwembaden²⁰⁸ en model. Hoewel deze uitzonderingen niet in de wet staan, kunnen zij beschouwd worden als functies waarvoor het geslacht een bepalende factor is.

Beslissingen waarin de minister toestemming verleende voor het maken van de uitzondering hadden betrekking op de volgende beroepen:

- toegang tot het ambt van predikant
- verkoopster van damesondergoed (gereserveerd voor vrouwen)
- voorkeur voor mannen bij toelating tot de opleiding voor doventolk. Reden: doventolken gaan soms met de cliënt mee naar de dokter. Er zijn te weinig mannelijke doventolken in Denemarken en in verband met de privacy werd het gewenst geacht dat een dove man voor een mannelijke tolk kon kiezen;
- een functie in een opvanghuis voor vrouwen (gereserveerd voor vrouwen).

Inzake erkende religieuze gemeenschappen heeft de verantwoordelijk minister uitgesproken dat zij zelf mogen beslissen of zij wel of niet vrouwelijke priesters accepteren.

Niet door de minister toegestaan is:

- niet toelaten van vrouwen tot een trainingsschip voor de koopvaardij;
- uitsluiten van vrouwen in functies in een psychiatrische inrichting omdat de werkgever meende dat alleen mannen moesten worden aangesteld in verband met de agressie van patiënten.

Voor de publieke sector verleende de minister toestemming voor het maken van een uitzondering voor de functie die inhield het houden van toezicht over gedetineerden in de lokaliteiten waar deze verblijven, en het fouilleren van gedetineerden. Voor zover te achterhalen zijn er geen andere uitzonderingen in de publieke sector meer, behalve het leger. Vrouwen hebben vanaf 1987 wel toegang tot alle functies bij de land-, zee- en luchtmacht, maar niet tot gevechtsfuncties. Zie echter paragraaf 5.4.

De beslissingen van de ministers gelden doorgaans slechts voor een bepaalde periode, juist ten einde na te gaan of er een eind aan kan worden gemaakt. Door deze procedure kan de situatie dus voortdurend worden herzien.²⁰⁹

Duitsland

Bij de totstandkoming van de wet in Duitsland is in de nota van toelichting voor de particuliere sector als voorbeeld van een toegelaten uitzondering genoemd het alleen onder vrouwen rekruteren voor toezichthoudend personeel in een vrouwengevangenis.

²⁰⁸ In de Engelstalige teksten over de situatie in Denemarken wordt het woord 'bathing personell' gebruikt.

²⁰⁹ Nielsen 1995..

De later tot stand gekomen lijst (de ‘Ausnahmenkatalog’) is in Bijlage 2 integraal afgedrukt. Zij omvat de uitgezonderde functies in zowel de particuliere als de overheidssector. De lijst bevat 6 artikelen die kort samengevat betrekking hebben op de volgende functies.

- toneelspeler enz.
- kerkelijk ambt en docenten aan theologische faculteiten
- beroepsbezigheden in landen buiten de EG
- beroepsbezigheden in een vrouwenopvanghuis
- beroepsbezigheden in het kader van binnen- en buitenlandse veiligheid: leger en douane.
- beroepsbezigheden in het gevangeniswezen en bij het visiteren.

Frankrijk

Het ministeriële besluit behelst voor de particuliere sector de volgende functies:

- artiesten die een mannen- of een vrouwenrol moeten spelen
- mannequins die kleding moeten tonen
- mannelijke of vrouwelijke modellen

De annex bij het besluit die voor overheidsfuncties geldt, betreft functies in verband met de nationale veiligheid. Bij deze beroepen hebben vrouwen wel toegang maar zij worden gescheiden aangeworven:

- commissaris van nationale politie
- vredescommandanten en officiers bij de nationale politie
- inspecteurs bij de nationale politie
- verhoor-ambtenaren bij de nationale politie
- vredesbewakers bij de nationale politie (gevangensbewakers).

Er is geen aparte bepaling voor de clerus in Frankrijk. De Code du Travail is daarop niet van toepassing.

Ierland

Voor de particuliere sector is relevant artikel 26 lid 2 van de EEA 1998 waarin wordt bepaald dat de wet niet van toepassing is bij werk ‘which consists of the performance of services of a personal nature, such as the care of an elderly or incapacitated person in that person’s home, where the sex of the employee constitutes a determining factor’.

Overige functies waarvoor het geslacht bepalend wordt geacht in zowel de particuliere als de overheidssector staan in een ‘lijst’ in artikel 25 lid 2, 3 en 4 van de EEA. Deze lijst is eveneens in Bijlage 2 opgenomen.

Grof samengevat mag volgens de lijst het geslacht bepalend worden geacht in de volgende gevallen:

- biologische gronden
- acteurs, modellen, enzovoort
- functies in het buitenland
- indien persoonlijke diensten moeten worden verricht

- als moet worden voorzien in slaap- en wasgelegenheid voor werknemers terwijl het voor de werkgever onredelijk of onpraktisch is te voorzien in voor mannen en vrouwen gescheiden voorzieningen.

Speciaal voor de publieke sector is artikel 27 van de EEA van belang. Daarin wordt, samengevat, bepaald dat het niet in strijd met de wet wordt geacht verschillende lengte-eisen voor mannen en vrouwen te stellen bij de politie en bepaalde posten bij de politie en het gevangeniswezen voor vrouwen dan wel mannen te reserveren voor zover dit van belang is in verband met de zedelijkheid, de privacy en geweld. Ook is het toegestaan voor mannen en vrouwen verschillende ‘competitions for recruitment’ te laten gelden.

De wet is niet van toepassing op werk bij de strijdkrachten

Een specifieke uitsluiting in verband met geestelijke ambten komt niet in de wetgeving voor. Leden van religieuze ordes worden niet als werknemers beschouwd. Voor zover het gaat om door religieuze ordes geleide scholen of ziekenhuizen is de wet wel van toepassing op de aldaar aangestelde werknemers.

Italië

De uitzonderingen voor de particuliere sector in Italië staan in de reeds geciteerde tekst van artikel 1 van de wet: het betreft functies in de sectoren mode, kunst en theaterwezen.

Voor de overheidssector geldt dat vrouwen zijn uitgesloten voor alle functies in het leger. Zij hebben wel toegang tot de politie, zij het voor het vrouwelijk corps, tot de brandweer, de burgerbescherming, het gevangeniswezen en de douane.

Bepalingen inzake het geestelijk ambt komen in het geheel niet voor. Dit onderwerp is nooit bestudeerd. In de theorie wordt in dit verband onderscheid gemaakt tussen de deelname of adhesie aan de orde en de orde als werkgever. In het laatste geval is de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing, tenzij een bepaalde orde geen mannen of vrouwen op zijn locatie toelaat.²¹⁰

Luxemburg

De informatie uit Luxemburg over zowel de particuliere als de overheidssector luidt dat er thans geen enkele uitzondering in de wet meer voorkomt. Een koninklijk besluit als bedoeld in de wet, inzake de uitzonderingen is nooit tot stand gekomen.²¹¹

Verenigd Koninkrijk

De in het Verenigd Koninkrijk in artikel 7 lid 2 SDA opgenomen ‘lijst’ noemt niet expliciet bepaalde functies op. Veeleer worden in de acht bepalingen vrij gedetailleerd de omstandigheden aangegeven waaraan een functie moet voldoen, wil zij in aanmerking komen voor het maken van een uitzondering. De bepalingen zijn in

²¹⁰ Ballestrero 1998.

²¹¹ Antwoord op vragenbrief.

beginsel van toepassing op functies in zowel de particuliere als de overheidssector. Ook deze lijst is in Bijlage 2 opgenomen. Het bijzondere van deze lijst is dat zij alleen betrekking heeft op gevallen waarin een functie aan een man is voorbehouden. Dat kan, samengevat, in de volgende situaties:

- op biologische gronden,
- acteurs/modellen enzovoort
- werk in particuliere huishoudens,
- werk waar lichamelijk contact in het geding is,
- als op de werkplek of de instelling moet worden geslapen en er alleen voorzieningen voor mannen zijn,
- werk in instellingen (b.v. ziekenhuizen, gevangenissen) waar alleen mannen verblijven,
- werk in het buitenland

Artikel 7 lid 4 SDA bepaalt daarnaast dat de uitzonderingen (behalve de onder sub b(a) en sub h genoemde), niet van toepassing zijn bij het vervullen van een vacature als de werkgever al mannelijke werknemers in dienst heeft

- die in staat zijn de taken te vervullen die onder de betreffende uitzonderingen vallen
- waarbij het redelijk is ze deze taken te laten vervullen
- waarbij het aantal voldoende is om tegemoet te komen aan de eisen die de werkgever stelt ten aanzien van deze taken zonder ‘undue inconvenience’.

Voorts bepaalt de SDA dat de wet niet van toepassing is op dienst bij de krijgsmacht en ondersteunende diensten (art. 85 SDA), op geestelijke ambten waar het werk is beperkt tot één sekse teneinde te voldoen aan de doctrine van de religie (art. 19 SDA) en op werk in het buitenland (art. 10 SDA). Ook bevat de wet een positief geformuleerde bepaling. Artikel 17 bepaalt dat bij de politie mannen en vrouwen niet ongelijk mogen worden behandeld, behalve in verband met te stellen lengte-eisen, uniform, uitrusting, zwangerschap/bevalling en pensioenen. Artikel 18 SDA bepaalt dat ook ten aanzien van gevangenbewaarders voor mannen en vrouwen verschillende lengte-eisen mogen gelden.

5.3.2 Motivering voor de uitzonderingen

In Nederland zijn de uitzonderingen gemotiveerd in de nota van toelichting bij het WGB-besluit of in de wetsgeschiedenis van BW/WGB. In de bestudeerde literatuur van de onderzochte landen wordt slechts mondjesmaat ingegaan op de achterliggende redenen van de toegelaten uitzonderingen.

België stelt bijvoorbeeld dat het eerste lid van hun ‘lijst’ (acteurs/modellen) gemotiveerd wordt door redenen van ‘echtheid’. Ten aanzien van het tweede lid wordt opgemerkt dat België geen invloed kan uitoefenen op de wetten en gebruiken van derde landen.²¹² Het Verenigd Koninkrijk geeft in het algemeen als

212 Europese Commissie 1981, p. 42.

motivering voor de ‘lijst’ dat in bepaalde gevallen bepaalde relaties zo persoonlijk en intiem zijn dat de bemoeiing van de wet uit politiek en sociaal oogpunt inefficiënt en onaanvaardbaar dreigt te zijn (uitzonderingen voor de particuliere sfeer) en in andere gevallen absurd (bijv. mannequins).²¹³ Duitsland wijst in verband met de uitzondering voor kerkelijke ambten op grondwettelijke garanties.²¹⁴

Het valt op dat niet alle landen de uitzondering die gebaseerd is op puur biologische gronden expliciet noemen. Doorgaans wordt deze uitzondering echter vanzelfsprekend geacht. Zij zou besloten liggen in de woorden dat het geslacht *bepalend* kan zijn voor een functie of beroepsactiviteit. Reden om deze uitzondering niet als zodanig apart te vermelden.²¹⁵

5.3.3 *Categorisering*

De eerste inventarisatie van de door de bestudeerde landen toegelaten uitzonderingen werd in opdracht van de Europese Commissie opgesteld in 1980.²¹⁶ Uit dat overzicht blijkt dat er destijds veel meer uitzonderingen bestonden dan thans het geval is. Het rapport maakte een samenvattend overzicht aan de hand van benoemde beroepen. Het ging om zeven soorten beroepen en een – omvangrijke – restcategorie. In het twee jaar later verschenen Halpern-rapport²¹⁷ wordt gecategoriseerd aan de hand van trefwoorden die aangeven wat de veronderstelde reden is voor de uitzondering:

- het behoren tot een bepaald geslacht is cruciaal om de bepaalde activiteit uit te voeren
- functies in het buitenland
- gevaar, veiligheid
- religie
- zedelijkheid
- privacy
- traditie

In de tweede encyclopediereeks uit het midden van de jaren negentig wordt een andere rubricering gehanteerd. Volgens een vast ‘format’ wordt allereerst een onderscheid gemaakt tussen ‘uitsluitingen’ en ‘uitzonderingen’, wellicht in verband met de, ook in paragraaf 5.2 vermelde, constatering dat de juridische kwalificatie van de uitzonderingen in de landen onderling nogal uiteenloopt. De beide hoofdrubrieken geven vervolgens via vaste paragraafkopjes weer aan welke uitzonderingen kan worden gedacht. Onder ‘uitsluitingen’ zijn de volgende ‘kopjes’ te vinden:

- omvang van de onderneming
- werk buiten de eigen jurisdictie (werk in het buitenland)

213 Europese Commissie 1981, p. 57.

214 Begeleidende tekst bij de Ausnahmenkatalog.

215 Zie in het bijzonder Berstelsmann & Rust 1995.

216 Europese Commissie 1981.

217 Halpern 1982.

- gezondheid en veiligheid
- nationale veiligheid (leger, politie)

Onder 'uitzonderingen' worden de volgende 'kopjes aangetroffen:

- genuine occupational qualification
- authenticiteit (betreft acteurs, modellen, et cetera)
- veiligheid (van de werknemer, waaronder tevens valt beschermende wetgeving voor vrouwen)
- religie
- zedelijkheid en privacy (waaronder sportleraren, ziekenhuizen, verloskundigen, schaamtegevoelens)
- 'single-sex establishments', dat wil zeggen instituten waar mensen van één sekse verblijven (b.v. jongens- of meisjesscholen, -klassen, -internaten, zieken-, bejaarden-, of verzorgingshuizen).

Of alle onder deze kopjes vallende uitzonderingen zijn toegestaan wordt niet vermeld. Wel is deze rubricering geschikt om de thans bestaande uitzonderingen in de bestudeerde landen, inclusief Nederland, ter vergelijking in een schema weer te geven.

Aanwezigheid bepaald type uitzondering op grond van 'geslachtsbepaaldheid'

Lid-Staat	Authenticiteit	Zedelijkheid/ Privacy/ schaamte	Werk in buitenland	Openb. veilig- heid/leger/ politie/douane	Religie	Gezondheid/ Persoonlijke veiligheid
Nederland	✓	✓	✓	Onderzeedienst/ Korps Mariniers	✓	✓
België	✓	-	✓	?	?	-
Denemarken	✓	-Verkoopster damesondergoed -opvanghuis vrouwen -visiteren gedetineerden	✓	Leger: gevechts- functies (herziening gaande)	✓	-
Duitsland	✓	Opvanghuis vrouwen Gevangeniswezen/ visiteren	✓	Douane: v Leger: v (herziening gaande)	✓	-
Frankrijk	✓	-		Politie: gescheiden aanwerving) Leger: ?	✓	-
Ierland	✓	✓	✓	✓	?	-
Italië	✓	-	-	✓	?	-
Luxemburg	-	-	-	-	-	
V.K	✓	✓	✓	✓ (herziening gaande)		

Het blijkt dan dat er thans veel overeenkomsten tussen de landen onderling zijn te constateren. De wijze waarop de uitzonderingen per land worden vormgegeven en gerangschikt, als ook de gedetailleerdheid daarvan, loopt echter aanzienlijk uiteen.

Wellicht moet dit worden toegeschreven aan de specifieke wetgevingscultuur van ieder land.

5.3.4 Beroepen of beroepsactiviteiten?

Op de in hoofdstuk 1 aangekaarte kwestie of een uitzondering betrekking heeft op functies of slechts op beroepsactiviteiten wordt slechts door enkele landen expliciet ingegaan. Het Verenigd Koninkrijk bepaalt in artikel 7 lid 3 van de SDA dat (de uitzonderingen genoemd in) het tweede lid, van toepassing zijn zowel wanneer de hele functie als wanneer enkele onderdelen van het werk binnen de bepalingen vallen.

In Duitsland is het precies andersom. In de begeleidende tekst bij de ‘Ausnahmenkatalog’ valt het volgende te lezen. “Die Bundesregierung weist darauf hin dasz sie solchen berufliche Tätigkeiten nicht in den Katalog aufgenommen hat, bei denen nur bestimmte Teilaufgaben dieser Tätigkeit allein von einem geschlecht ausgeübt werden können (z.B. Leibesvisitationen bei Sicherheitskontrollen auf Flughäfen und bei der Polizei oder auch Observationsaufgaben). Da in diesen Fällen der Zugang zu den Berufen beiden Geschlechtern offensteht, ist Artikel 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG nicht berührt”. De Ausnahmenkatalog is derhalve alleen van toepassing op functies en niet op onderdelen van functies, dat wil zeggen op beroepsactiviteiten. Als het onderdelen van de functie betreft staat het beroep als zodanig voor beide geslachten open, zij het dat mannen de taken bij/voor mannen verrichten en vrouwen de taken bij/voor vrouwen.

Blijkens de tekst van de algemene uitzonderingsbepaling in de Belgische wet wordt zowel gedacht aan beroepen als aan beroepsactiviteiten: “De Koning kan, bij in Ministerraad overlegd besluit, de gevallen bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of voor een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een bepalende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden daarvan”. Aan dit punt wordt in het Belgische bronnenmateriaal echter geen enkele aandacht gewijd. In alle overige landen komt deze kwestie in het geheel niet ter sprake.

5.4 Wijzigingen

In bijna alle landen is het aantal uitzonderingen in de afgelopen twintig jaar afgenomen. De aanleiding daarvoor was in de eerste plaats de actieve opstelling van de Europese Commissie gedurende de jaren tachtig (vgl. hoofdstuk 2) met inbreukprocedures en het ontlokken van uitspraken door het HvJEG. Daarnaast leidde nationale rechtspraak tot het wijzigen van regels, ook op punten die eerder niet waren onderkend. Tot slot verdwenen er ook uitzonderingen op initiatief van nationale overheden zelf.

Inbreukprocedures

Het opstarten van een inbreukprocedure leidde met name in Frankrijk tot herziening. Frankrijk kende aanvankelijk een lange lijst met uitgezonderde overheidsfuncties of door de overheid gereguleerde functies. De Europese Commissie vond deze lijst veel te uitgebreid en niet in overeenstemming met artikel 2 lid 2 EG-richtlijn 76/207 en startte daarom een inbreukprocedure. In de administratieve fase van de inbreukprocedure die bestond uit aanmaningen en het zenden van een met redenen omkleed advies door de Europese Commissie, schrapte Frankrijk een aantal beroepen van de lijst. Het ging om drie functiegroepen bij de douane (controleurs, ‘agents de constatation’ en ‘préposés’). In de loop van de procedure bij het Hof werden onderwijzers van de lijst afgevoerd en kondigde Frankrijk tevens aan dat op korte termijn (hulp)leraren lichamelijke opvoeding en sport van de lijst zouden worden gehaald alsook leidinggevend, technisch en opleidingspersoneel bij de buitendienst van het gevangeniswezen. Uiteindelijk bleven twee categorieën personeel over die de Commissie en Frankrijk verdeeld hielden en waarover het Hof oordeelde in zaak *Commissie-Frankrijk*.²¹⁸

Rechtspraak HvJEG

Rechtspraak van het HvJEG was een andere aanleiding voor herziening. Omdat de uitspraken voor alle betrokken lidstaten van betekenis zijn, hadden zij een verstrekkend effect. Zo was de uitspraak in *Comissie-Verenigd Koninkrijk*²¹⁹ niet alleen voor het Verenigd Koninkrijk reden om de uitzondering voor verloskundigen op te heffen (gerealiseerd in 1983) maar ook voor Duitsland (1985) en Frankrijk (1984). Ierland had deze uitzondering overigens al gelijk met het tot stand komen van de EEA tenietgedaan.

Dezelfde uitspraak van het HvJEG leidde in Het Verenigd Koninkrijk tot het schrappen van enkele uitzonderingen van de ‘lijst’ van artikel 7 SDA. Het betrof uitzonderingen die betrekking hadden op tewerkstelling voor rekening van particuliere huishoudens en op tewerkstelling in ondernemingen met 5 of minder dan 5 werknemers. Voor eerstgenoemde bepaling kwam de huidige regeling van artikel 7 lid 2 sub b(a) SDA in de plaats.

De uitspraken in de zaken *Sirdar* en *Kreil*²²⁰ waren van invloed op de openstelling van functies in het leger voor vrouwen. Omstreeks 1980 was de situatie op dit punt zeer uiteenlopend. In het ene land konden zij alleen bij de gezondheidsdienst, in het andere land konden zij geen officier worden, elders bestonden alleen vrouwelijke corpsen, en in nog weer andere landen was de uitsluiting absoluut.²²¹ Een aantal landen vermeldde de uitsluiting van het leger in het geheel niet, wellicht vanuit de gedachte dat richtlijn 76/207 niet van toepassing was op het le-

218 HvJEG 30 juni 1988 (*Commissie-Frankrijk*), *Jur.* 1988, p. 3559, zie par. 2.4.

219 HvJEG 8 november 1983 (*Commissie-Verenigd Koninkrijk*), *Jur.* 1983, p. 3413, zie par. 2.4.

220 HvJEG 26 oktober 1999 (*Sirdar*), *JAR* 1999, 279; HvJEG 11 januari 2000 (*Kreil*), *JAR* 2000, 47, zie par. 2.4.

221 Europese Commissie 1981, p. 60-61 en Halpern 1982 p. 10a.

ger. Overal zijn in de loop der jaren stappen gezet om deze uitzondering minder absoluut te maken. Maar gezien het in paragraaf 5.3 gegeven overzicht laten nog steeds niet alle landen vrouwen toe tot gevechtsfuncties. In Frankrijk zijn vrouwenkorpsen, geen gemengde troepen. In Italië is het leger nog steeds voor vrouwen gesloten. Wel zijn verschillende ontwerpregelingen aan het parlement voorgelegd betreffende de toegang van vrouwen tot het leger.

De zaak *Kreil* had tot gevolg dat in Duitsland de grondwettelijke uitsluiting van gevechtsfuncties voor vrouwen in 2000 werd gewijzigd. In 2001 kwamen de eerste vrouwelijke soldaten in dienst bij de gevechtstroepen.²²² Door de zaak *Sirdar* is in het Verenigd Koninkrijk op dit moment de toegang van vrouwen tot het leger onder herziening.²²³ In Denemarken zijn thans enkele projecten gaande voor toelating van vrouwen tot gevechtsfuncties in het leger.

Nationale rechterlijke procedures

Andere redenen voor wijziging waren procedures bij nationale rechters. Of deze procedures het gevolg waren van juridisch activisme vanuit, of ondersteund door, de vrouwenbeweging, wordt niet expliciet vermeld. Maar zij geven wel blijk van maatschappelijke ontwikkelingen. Voorts belicht deze jurisprudentie vaak uitzonderingen waarvan officieel nooit melding was gemaakt, of waarover onzekerheid bestond, zoals inzake de overheidsfuncties in België. Niet alleen in dit land, maar ook in Frankrijk en Luxemburg waren verrassend veel overheidsfuncties waartoe vrouwen geen toegang hadden. Het betrof politie, douane, brandweer, burgerbescherming, gevangeniswezen, internaten, boswachters, gerechtsdeurwaarders, portier, (gerechts)bode, pedel, notaris en functies bij de PTT.²²⁴ Op al deze punten zijn stapsgewijs verbeteringen aangebracht. In België bijvoorbeeld was oorspronkelijk de functie van surveillant-educateur in een internaat voorbehouden aan mannen. Rechtspraak maakte deze uitzondering ongedaan. Ook werd in 1993 de uitzondering voor vrouwelijk gevangenispersoneel afgeschaft na een rechterlijke uitspraak. De regel echter dat alleen mannen in mannengevangenis en vrouwen in vrouwengevangenis mogen worden aangesteld, werd door dezelfde rechter goedgekeurd. In Luxemburg gold volgens een oude wet uit 1915 een verbod op tewerkstelling van vrouwen in hotels en cabarets. Het voorschrift werd afgeschaft door een rechterlijke uitspraak van het Conseil d'Etat in 1987.

De meeste van de genoemde functies staan thans open voor mannen en vrouwen. In enkele landen, met name België en Frankrijk bestaan voor veel van deze functies nog wel verschillende wervingsprocedures voor mannen en vrouwen.

Italië geeft expliciet aan dat sommige voorbeelden uit de nationale rechtspraak de actuele visie weerspiegelen op de professionele kwalificatie die gelegen is in het geslacht. De uitspraken bevestigden dat het geslacht geen factor kan zijn die op het gebied van de arbeid een beperking vormt, behalve als de aard van het werk dat *absoluut* vereist. Zo is de praktijk in talloze publieke organisaties dat bepaalde

222 Antwoord op vragenbrief.

223 Antwoord op vragenbrief.

224 Europese Commissie 1981, p. 60-61 en Halpern 1982 p. 10a.

posten voor vrouwen worden gereserveerd omdat het om werk gaat dat traditioneel als vrouwenwerk wordt beschouwd, door de rechter illegaal verklaard, evenals de weigering van een gemeente om een man aan te stellen die door het arbeidsbureau was gestuurd om het traditionele vrouwenwerk van 'keukenhulp' te verrichten. Ook zijn in dit land van oudsher speciaal gestelde lichamelijke eisen wat betreft lengte, lichaamskracht en leeftijd voor het merendeel met succes aan de kaak gesteld als zijnde indirect discriminerend.²²⁵

Niet alle rechtspraak leidde overigens tot wijziging. Italië vermeldt dat in een aantal gevallen wetten van oudere oorsprong, alsmede de overheersende opvattingen, zijn bevestigd door rechterlijke uitspraken waarin werd gesteld dat de wet niet alleen rekening mag houden met uiterlijke en anatomische verschillen tussen mannen en vrouwen, maar ook met verschil in psycho-fysiek, gedrag en persoonlijkheid, zonder dat het gelijkheidsbeginsel, vastgelegd in de grondwet, wordt geschonden. Deze opvatting is tegengesproken in de juridische kritiek alsook in andere rechterlijke uitspraken.

Aan de orde is voorts in Italië geweest een zaak betreffende mannelijke en vrouwelijke leraren voor respectievelijk jongens- en meisjesklassen. Het Hof vond dat geen discriminatie omdat er geen feitelijke barrières voor mannen en vrouwen bij de toegang tot de arbeid werden opgeworpen. Het gaat om een scheiding, die mogelijk, al naar gelang de lokale demografische samenstelling van de bevolking, om meer mannen of om meer vrouwen vraagt. Andere rechters gaven in dezelfde materie een andere mening. Zij waren van oordeel dat mannen op meisjesscholen (of -klassen) en vrouwen op jongensscholen (-of klassen) moesten worden toegelaten. Hoe verborgen de discriminatie kan zijn blijkt uit een uitspraak waarin duidelijk wordt dat men militaire dienst moest hebben vervuld om te worden toegelaten tot de vrijwillige brandweer.²²⁶

Over de uitsluiting van vrouwen uit het leger in Italië is diverse malen geprocedeerd. In een zaak die betrekking had op toegang tot de marineopleiding is geoordeeld dat, hoewel uit de wet blijkt dat de wetgever alleen aan mannen militaire verplichtingen oplegt, geen waardeoordeel blijkt over de bekwaamheid van vrouwen voor dit werk. Tot tweemaal toe was er een uitspraak naar aanleiding van het feit dat (dezelfde) vrouw geweigerd werd als dirigent van een militair muziekkorps. Zij zou automatisch officier worden en dat kon niet, vanwege de uitsluiting van vrouwen uit het leger. In de eerste uitspraak uit 1984 oordeelde het Constitutioneel Hof aan de hand van het gegeven dat vrouwen van het leger waren uitgesloten. Het Hof zag geen principiële bezwaren tegen toelating van vrouwen tot het leger. In 1998 oordeelde de Raad van State over dezelfde kwestie, zij het dat de vrouw nu in aanmerking kwam voor een functie als dirigent bij een andere muziekkorps, na het winnen van een competitie ter zake. Opnieuw werd geweigerd haar aan te stellen.²²⁷ De uitspraken leidden er echter niet toe dat de wetgeving werd gewijzigd. In

225 Ballestrero 1998.

226 *Ibidem*.

227 *Equality Quarterly News* 1999.

de kritiek op deze houding wordt gesteld dat er geen ‘nationaal argument’ bestaat dat de algehele uitsluiting van vrouwen uit het leger rechtvaardigt.²²⁸

Initiatief nationale overheid

Sommige bepalingen werden op initiatief van de overheid zelf geschrapt. Zo verdween in België het voorschrift dat sommige functies bij laboratoriumschoonmaakwerkzaamheden (zie paragraaf 5.3) alleen aan vrouwen waren voorbehouden. In Ierland werd in 1982 een uitsluiting uit de EEA geschrapt die (vertaald) als volgt luidde “Indien de functie moet worden vervuld in een instelling waar personen verblijven van hetzelfde geslacht en waar onder toezicht geplaatste zieken een speciale behandeling ontvangen en de betrokken functie de genoemde behandeling betreft; waarbij kan worden gedacht aan werkzaamheden in psychiatrische ziekenhuizen indien om redenen van welgevoeglijkheid of discretie wordt vereist dat de functie hetzij door een man, hetzij door een vrouw wordt uitgeoefend”.

Ook werd in de loop der jaren veel ‘beschermende wetgeving’ voor vrouwen, die in 1980 nog alom bestond, geschrapt. Het ging daarbij niet om regels in verband met zwangerschap en bevalling, maar om bijvoorbeeld een verbod op nachtarbeid voor vrouwen. Dit soort verboden valt niet onder de werking van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 maar onder artikel 3 lid 2 sub c. Daarin wordt bepaald dat deze beschermende wetgeving in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en dient te worden afgeschaft. In het rapport van de Europese Commissie 1981 wordt het onderscheid tussen beschermende wetgeving en uitsluiting van vrouwen uit bepaalde beroepen duidelijk uiteengezet. Naast nachtarbeid ging het onder meer om ondergrondse mijnarbeid en beschermende voorschriften in bepaalde bedrijfstakken in verband met het gebruik van chemische stoffen. Het verbod op nachtarbeid is in bijna alle landen verdwenen, mede onder invloed van enkele uitspraken van het HvJEG.²²⁹ In sommige landen duurde dat overigens lang, België ging daar bijvoorbeeld pas in 1998 toe over. Het verbod op ondergrondse mijnarbeid bestaat in Luxemburg nog wel. Het is echter een lege bepaling meldt Luxemburg,²³⁰ aangezien de laatste mijn daar in 1983-1984 werd gesloten. Ook in het Verenigd Koninkrijk werd veel beschermende wetgeving geschrapt, reden voor het elimineren in 1989 van een bepaling uit de in de SDA opgenomen ‘lijst’ waarin in het algemeen werd gesteld dat vrouwen uitgesloten mogen worden voor werk in verband met restricties die worden opgelegd door wetten die de arbeid van vrouwen reguleren.²³¹

In Duitsland zijn eveneens de meeste van deze zogenoemde ‘beroepsverboden’ afgeschaft. De ruimte die artikel 611 van het BG verschaft had het aanvankelijk mogelijk gemaakt dat deelstaatregeringen specifieke regelingen troffen voor

228 Ballestrero 1998.

229 Onder meer HvJEG 25 juli 1991 (*Stoeckel*), RN 1991, 203 en HvJEG 2 augustus 1993 (*Levy*), JAR 1993, 207.

230 Antwoord op vragenbrief.

231 Antwoord op vragenbrief.

bepaalde industriële sectoren, welke invloed hadden op de toegang van vrouwen tot die sectoren.²³²

Niet alle landen maken melding van dit soort voorschriften en/of het afschaffen daarvan. Vermoedelijk echter bestonden ze daar ook.

De procedures voor het wijzigen van de uitzonderingen zijn in de onderzochte landen overigens uiteenlopend. Duitsland en Italië kennen in het geheel geen herzieningsprocedures. In Duitsland is het voornemen daartoe nooit omgezet in daden, in Italië is de regering van oordeel dat de in de wet opgenomen afwijkingen niet voor verandering in aanmerking komen.²³³ Ook in Denemarken bestaat geen specifieke wijzigingsprocedure, hetgeen te maken heeft met het feit dat er geen 'lijst' is. In België en Luxemburg is de procedure voor wijziging dezelfde als de procedure voor het opstellen van de 'lijst'.

Frankrijk kent geen herzieningsprocedure voor zover het de particuliere sector betreft. Voor de overheid geldt dat de lijst bij decreet van de Raad van State kan worden aangepast. In Ierland en het Verenigd Koninkrijk gaat het om een wetswijziging, de uitzonderingen staan immers in de wet zelf. In Ierland kan echter de Minister een wijziging realiseren, in het Verenigd Koninkrijk kunnen (met uitzondering van de krijgsmacht) de uitzonderingen met goedkeuring van beide kamers worden gewijzigd of afgeschaft.

Voor zover er herzieningsprocedures bestaan geldt voor bijna alle landen wel de verplichting aan diverse instanties advies te vragen. Die instanties zijn weer zeer divers. Zij lopen uiteen van het Georganiseerd Overleg (Frankrijk) de kamer van koophandel (Luxemburg), sociale partners (België en Verenigd Koninkrijk), en commissies voor gelijke kansen of vergelijkbare instanties (België, Ierland, Luxemburg, Verenigd Koninkrijk). In de regel echter is er geen verplichting de adviezen te volgen.

Van een formele herziening van de uitgezonderde beroepsactiviteiten, zoals voorgeschreven door artikel 9 lid 2 van richtlijn 76/207, wordt door geen enkel land melding gemaakt.

5.5 Discussies

Discussies over beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is, blijken vooral uit de rechtspraak zoals hiervoor is aangegeven. Indien er een 'lijst' is, is de discussie van andere aard dan wanneer dat niet het geval is. Ook het niveau van het debat loopt uiteen. Soms concentreert men zich op een specifieke uitzondering, soms is het niveau abstracter en meer theoretisch. Een enkel land meldt in het antwoord op de vragenlijst dat er geen enkel probleem is (Luxemburg).

In België is volgens de informant het discussiepunt vooral de vraag of de gelijkebehandelingswetgeving op het leger van toepassing is. Een ander punt van dis-

232 Antwoord op vragenbrief.

233 Europese Commissie 1981, p. 51.

cussie betreft in België de vraag of het is toegelaten voor mannen en vrouwen verschillende lengte-eisen te stellen. De richtlijn zou moeten aangeven dat het legitiem, en soms noodzakelijk is om met bepaalde lichaamsverschillen tussen mannen en vrouwen rekening te houden bij de werving zonder dat er sprake is van discriminatie, aldus het antwoord op de vragenbrief. Dit onderwerp is ook in andere landen aan de orde. De meningen daarover lopen echter nogal uiteen. Daartegenover zijn er landen, bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, die al een duidelijk standpunt in de wet tot uitdrukking hebben gebracht.

In *Denemarken* is kritiek op het ontbreken van een 'lijst' in samenhang met de te volgen procedure. In de praktijk komt het er op neer dat het allemaal afhangt van de werkgever en zijn wens de wet te respecteren. Als een werkgever meent dat een zaak duidelijk is, of dat het hem niets kan schelen dat hij in strijd met de wet handelt, zal hij niet bij het betreffende ministerie om een uitzondering vragen. In de praktijk worden ook geen zaken voorgelegd aan de rechter. Anderen denken daar positiever over. Gesteld wordt dan dat de beslissingen van de ministers vaak voor een bepaalde periode gelden, teneinde juist na te gaan of er een eind aan kan worden gemaakt. Dankzij die procedure kan de situatie voortdurend worden herzien.²³⁴

In *Duitsland* blijkt vooral van discussies in de juridische literatuur. Voordat in Duitsland de Ausnahmenkatalog tot stand kwam was er discussie over de vraag wanneer nu het geslacht 'bepalend' is. Na totstandkoming van de Ausnahmenkatalog vroeg men zich af of voor alle in de lijst genoemde beroepen inderdaad het geslacht bepalend is. De vraag werd met name gesteld ten aanzien van artikel 3 (werk in landen buiten de EG) en 5 (leger en politie) van de Ausnahmenkatalog. Laatstgenoemde bepaling is overigens, zoals vermeld, door de zaak *Kreil*, en de reactie daarop van Duitsland, van zijn effect ontnomen. Voorts zijn in de juridische literatuur kritische opmerkingen gemaakt met betrekking tot artikel 6 (gevangeniswezen) van de lijst. Meer in het algemeen wordt er gespeculeerd over de vraag of er wel een uitputtende lijst van uitzonderingen is te maken, of van abstracte criteria die alle gevallen omvatten. Gesuggereerd wordt dat de rechter elk geval moet beoordelen op zijn specifieke omstandigheden, rekening houdend met de noodzakelijke ondernemingsomstandigheden waarop de werkgever een beroep doet, die de aanstelling van een vrouw onpraktisch zouden maken en het belang van de vrouw bij het recht op gelijke behandeling. Dit resulteert in een belangenafweging in elk concreet geval. Er wordt echter aan getwijfeld of dit in overeenstemming is met richtlijn 76/207. Enkele juristen menen dat de verplichtingen van artikel 9 lid 2 van de richtlijn een complete en bindende regulering van de uitzonderingen vereist.

In het algemeen is er ook kritiek op het niet bindende karakter van de Ausnahmenkatalog. In dat verband wordt gediscussieerd over de reikwijdte van de lijst. Sommigen vinden de lijst te restrictief, onder verwijzing naar artikel 611 BG, anderen te extensief, onder verwijzing naar de richtlijn.

Degenen die de lijst te restrictief achten wijzen vooral op uitzonderingen van culturele, morele en religieuze aard van zowel de werkgever als derden. Zij doelen daarmee op verwachtingen van de 'markt', homogeniteit van teams, of het doel van

234 Nielsen 1995.

de onderneming. Er heerst bijvoorbeeld vrij algemene eensgezindheid dat het doel van de onderneming uitzonderingen rechtvaardigt. Men noemt dan als voorbeeld gay bars en vrouwenboekenwinkels. Anderen menen dat het doel van de onderneming al wordt bepaald als de klanten overwegend van één geslacht zijn, zoals winkels voor dameskleding. Weer anderen betogen dat een werkgever een beroep moet kunnen doen op aanwijsbare verliezen tengevolge van de aanstelling van iemand van een bepaald geslacht. Vooralsnog is er in ieder geval in Duitsland onvoldoende rechtspraak om een algemene lijn te laten zien ten aanzien van de vraag of de rechter een extensieve dan wel een restrictieve interpretatie volgt.²³⁵

Een vast punt van discussie was in *Frankrijk* vooral de lange lijst van aan mannen voorbehouden functies en de gescheiden werving of andere wervingsprocedures voor mannen en vrouwen voor overheidsfuncties, zoals bijvoorbeeld beschreven in hoofdstuk 2 in de procedure *Commissie-Frankrijk*. Veel daarvan is in de loop der jaren verdwenen, maar van geheel gelijke toegang tot de arbeid voor mannen en vrouwen, is nog immer geen sprake. In dit land en landen met vergelijkbare wetgeving (België en Luxemburg) wordt ook de vraag opgeworpen of – bijvoorbeeld – naar sekse gescheiden leerkrachten op dito onderwijsinstellingen nu al of niet discriminatie meebrengt. Zolang het scholen betreft kan gesteld worden dat er evenveel jongens als meisjes zijn, dus evenveel jongens- als meisjesscholen en dus evenveel mannelijke als vrouwelijke leerkrachten. Anders ligt het bij naar sekse gescheiden gevangenispersoneel in dito gevangenissen. Er zijn meer gevangenen voor mannen dan voor vrouwen. Vrouwen maken dus statistisch gezien minder kans op een functie als bewaker.

Italië acht de interpretatie van het woord ‘bepalend’ beslissend omdat dit vereiste niet alleen de toegang tot de arbeid regisseert maar ook andere aspecten in verband met de arbeid zoals de professionele kwalificatie, de carrière enzovoort. Onder ‘bepalend’ kunnen in ieder geval niet worden begrepen commerciële behoeften in het algemeen of een makkelijker of meer efficiënte taakuitvoering. Het woord ziet op een intrinsieke en absolute conditie om de bepaalde concrete taak uit te oefenen.²³⁶

In het *Verenigd Koninkrijk* is de opvatting dat artikel 7 lid 2 van de SDA geen ‘lijst’ is, dat wil zeggen geen limitatieve lijst met beroepen. De wet beschrijft alleen behoorlijk gedetailleerd de karakteristieken van beroepen die op deze manier kunnen worden uitgezonderd.²³⁷

De Equal Opportunities Commission van het Verenigd Koninkrijk heeft in 1998 aanbevolen om artikel 7 lid 2 sub h SDA te laten vervallen, omdat die uitzondering niet langer noodzakelijk of passend werd geacht. De bepaling heeft betrekking op functies die door een echtpaar dienen te worden vervuld. De regering heeft de aanbeveling tot op heden nog niet geaccepteerd.²³⁸

235 Anwoord op vragenbrief.

236 Ballestrero 1998.

237 McCrudden 1994.

238 Antwoord op vragenbrief.

5.7 Samenvatting en conclusie

Samenvattend is te concluderen dat alle landen van de bevoegdheid tot het maken van uitzonderingen gebruik hebben gemaakt. De manier waarop dit is vorm gegeven loopt echter aanzienlijk uiteen. Ook hebben niet alle landen een inzichtelijke 'lijst'. Formeel was het uitgangspunt in dat geval dat discriminatie niet (meer) bestaat. In de praktijk bleek dan niettemin dat een behoorlijk aantal beroepen voor vrouwen niet toegankelijk was. Met name uit de tweede encyclopediereeks is af te leiden dat er op diverse fronten heel wat procedures moesten worden gevoerd voordat de discriminatie in een bepaalde casus werd erkend. In daaraan voorafgaande procedures gaf de rechterlijke opvatting vaak nog blijk van een traditionele visie op vrouwenwerk, met het gevolg dat er geoordeeld werd dat er in casu geen sprake was van discriminatie. Gezien het voorgaande kan vastgesteld worden dat er in een aantal landen zonder meer sprake was van maatschappelijke ontwikkelingen en van een wijziging in maatschappelijke opvattingen.

Veel van de in de rechtspraak voorkomende details in de diverse landen zijn voor Nederland evenwel nauwelijks relevant. Zij betroffen situaties die in ons land niet konden voorkomen of voorgekomen zijn.

Voor wat betreft de aard van de uitzonderingen kan worden gesteld dat er thans een redelijke overeenkomst is tussen de landen onderling. Gelet hierop kan niet gesteld worden dat Nederland een bijzondere plaats inneemt. In dat opzicht zijn er voor Nederland nauwelijks lessen te leren. Mogelijk moet de reden daarvoor gezocht worden in het gegeven dat Nederland als laatste land een 'lijst' uitbracht en kon profiteren van de 'wet van de remmende voorsprong'. Het enige voorbehoud dat kan worden gemaakt betreft de bepaling in het WGB-besluit met betrekking tot wetgeving die vrouwen beschermt (art. 1 sub g WGB-besluit). Bijna alle landen hebben dit soort wetgeving afgeschaft en voor zover zij als uitzondering was benoemd, uit de 'lijst' geschrapt. EG-richtlijn 76/207 laat ook niet toe nieuwe wetgeving op dit gebied te creëren.

Zeker is dat in het geheel geen inspiratie kan worden opgedaan voor de beantwoording van de vraag of het nu om functies of om beroepsactiviteiten gaat. Voor zover daarover een mening bestaat (België, Duitsland, Verenigd Koninkrijk), lopen de opvattingen teveel uiteen.

6. Voorkeur voor man of vrouw bij selectie van personeel

6.1 Vraagstelling en opzet van het rechtssociologische onderzoek

In het rechtssociologisch gedeelte van het onderzoek wordt nagegaan hoe in de praktijk wordt gedacht over en wordt omgegaan met een voorkeur voor een man of een vrouw bij de selectie van personeel voor een bepaalde functie. Deze informatie is van belang omdat het inzicht biedt in relevante maatschappelijke opvattingen, namelijk de opvattingen van personeelsfunctionarissen met betrekking tot geslachtsbepaalde functies en de praktijk bij werving en selectie van personeel. De algemene vraagstelling is voor dit empirisch deel van het onderzoek als volgt gespecificeerd:

- Voor welk soort functies willen werkgevers bij voorkeur of uitsluitend een man dan wel een vrouw? Welke argumenten heeft men daarvoor? Welke argumenten worden tegen deze voorkeur geformuleerd? In hoeverre wordt bij de selectie van personeel deze voorkeur ook gerealiseerd?
- In hoeverre zijn personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars op de hoogte van de wetgeving gelijke behandeling mannen en vrouwen, en meer in het bijzonder van de uitzonderingsbepalingen? In hoeverre zijn de voorkeuren van werkgevers en klanten volgens personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars mogelijk binnen het kader van de wettelijke voorschriften? In hoeverre zijn personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars van oordeel dat die uitzonderingen wettelijk mogelijk zouden moeten zijn?

Er zijn in totaal 34 interviews gehouden met personen betrokken bij de selectie van personeel: 18 arbeidsbemiddelaars werkzaam bij 17 uitzendbureaus of wervings- en selectiebureaus enerzijds en 17 personeelsfunctionarissen van organisaties op het terrein van zorg en welzijn anderzijds.²³⁹ Er is gekozen voor interviews met intercedenten van uitzendbureaus en arbeidsbemiddelaars van arbeidsvoorziening en van wervings- en selectiebureaus omdat deze functionarissen vanwege hun ervaring informatie kunnen geven over de voorkeuren van meer dan één arbeidsorganisatie (hun klanten), doorgaans binnen verschillende bedrijfssectoren. In dit hoofdstuk gebruiken we voor deze categorie respondenten de term *arbeidsbemiddelaars*.

Naast interviews met arbeidsbemiddelaars is gekozen voor interviews met personeelsfunctionarissen bij zorg- en welzijnsinstellingen (verder aangeduid met de term *personeelsfunctionarissen*). Juist in deze sector lijken geslachtsbepaalde functies of beroepsactiviteiten of discussies daarover te verwachten. Een drietal

239 Zie Bijlage 3 voor meer gedetailleerde informatie over de respondenten en de interviews.

relevante maatschappelijke ontwikkelingen zou van invloed kunnen zijn bij de selectie van personeel in deze sector.

1. In vooral deze sector bestaat soms een behoefte aan vervulling van een vacature door een man dan wel een vrouw omdat dat voor een goede taakuitoefening noodzakelijk wordt geacht. Zie de oordelen van de CGB: 97-51, 97-52, 97-99, 99-31 en 32.
2. Bij zorg- en welzijnsinstellingen kan worden nagegaan welke opvattingen en praktijken er zijn in relatie tot de uitzondering van artikel 1, sub e van het Besluit (persoonlijke verzorging, verpleging, opvoeding, hulpverlening). Deze uitzondering heeft betrekking op de opvattingen en gevoelens van de hulpontvanger. Het lijkt aannemelijk dat de maatschappelijke opvattingen over de geslachtsbepaaldheid van dit soort beroepsactiviteiten de laatste jaren zijn veranderd. Het is bijvoorbeeld inmiddels in ziekenhuizen niet ongebruikelijk meer om mannen en vrouwen bij elkaar op de zaal te leggen en om vrouwelijke patiënten te laten helpen door mannelijke verpleegkundigen. In het licht van deze veranderingen is het interessant na te gaan in hoeverre binnen zorginstellingen functies nog als typisch mannelijk of vrouwelijk worden gezien.
3. Onderzoek bij instellingen voor thuiszorg kan informatie opleveren over de uitzondering op grond van artikel 1d van het Besluit (persoonlijke bediening, verzorging, verpleging en opvoeding binnen particuliere huishoudens). Ook over de geslachtsbepaaldheid van deze beroepsactiviteiten lijken de maatschappelijke opvattingen gewijzigd. Dergelijke activiteiten zijn in de loop der tijd veel minder het uitsluitende domein van vrouwen geworden.

Het betreft semi-gestructureerde interviews afgenomen door een van de onderzoekers. In de interviews kwamen de volgende onderwerpen aan de orde: voorkeur voor een bepaald geslacht bij de vervulling van vacatures, opvattingen van de respondent over geslachtsbepaaldheid en daarbij gehanteerde argumenten, opvattingen binnen de organisatie of bij klanten en kennis van de uitzonderingsbepalingen.

Enkele opmerkingen over de beperkingen van dit onderzoek. Het onderzoek is gebaseerd op informatie van de kant van werkgevers. Opvattingen en gedrag van werknemers of sollicitanten zijn niet onderzocht, hierover is slechts enige informatie indirect verkregen via interviews met personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars. Opvattingen en ervaringen van de Nederlandse bevolking en van maatschappelijke organisaties (vakbonden, werkgeversorganisaties, vrouwenorganisaties e.d.) zijn evenmin onderzocht.

Dit onderzoek is gebaseerd op een betrekkelijk klein aantal interviews. Bovendien zijn de interviews met personeelsfunctionarissen beperkt tot organisaties op het terrein van zorg en welzijn. Dit noopt tot voorzichtigheid bij het trekken van algemene conclusies. Interviews kunnen leiden tot zogenaamde sociaal wenselijke antwoorden, dat wil zeggen dat respondenten een ideaal beeld van hun eigen organisatie of opvattingen schetsen. Met name bij gevoelige onderwerpen of activiteiten die in strijd zijn met de publieke opinie, dominante moraal of vigerende wetgeving kan zich dit voordoen. Uit een onderzoek naar de selectie van laag geschoold personeel blijkt een voorkeur voor mannen. Deze voorkeur blijkt sterker wanneer

respondenten gevraagd wordt profielen van sollicitanten te beoordelen dan uit hun antwoorden op expliciete vragen omtrent hun voorkeur of afwijzing van vrouwen.²⁴⁰ Dit duidt erop dat het onderwerp sociaal gevoelig is. Bij de verwerking van de gegevens uit de interviews is hiermee rekening gehouden. Informatie over de gebruikelijke selectieprocedure op basis van interviews legt de nadruk op de expliciete en bewuste aspecten van de selectie. Het is bekend dat impliciete en onbewuste beelden en verwachtingen een grote rol spelen bij de selectie van personeel en dat deze ongelijk uitwerken voor mannen en vrouwen. Uit onderzoek naar de werving en selectie van hoger opgeleid universitair personeel blijkt bijvoorbeeld dat het beeld dat leden van de sollicitatiecommissie hebben van de ideale sollicitant van groot belang is. Vrouwen blijken minder gemakkelijk te voldoen aan het beeld dat bestaat van de ideale sollicitant. Volgens leden van sollicitatiecommissies is de selectie gebaseerd op de persoonlijkheid, de motivatie en de kennis en ervaring van de sollicitant. Wanneer de sollicitatiecommissie moet kiezen uit kandidaten krijgen mannen doorgaans de voorkeur, met name vanwege de hen toegedachte persoonlijkheid. Wanneer een vrouwelijke kandidaat evident de beste is, wordt zij aangesteld.²⁴¹ Deze onbewuste vormen van ongelijkheid blijven in dit onderzoek buiten beeld. Dat is in dit geval geen bezwaar. Het gaat immers niet om een onderzoek naar alle mogelijke vormen van ongelijkheid en onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de selectie van personeel, maar om een onderzoek naar geslachtsbepaalde functies. In dit laatste geval gaat het juist om een expliciete voorkeur voor iemand van een bepaald geslacht vanwege bepaalde redenen.

Centrale vraag van dit hoofdstuk is in hoeverre arbeidsorganisaties bij de werving en selectie van personeel een voorkeur hebben voor een man dan wel een vrouw en welke argumenten men daarvoor dan heeft. Het kan daarbij gaan om ‘geslachtsbepaalde *functies*’, dat wil zeggen functies die volgens de betrokkene uitsluitend door iemand van een bepaald geslacht kunnen worden uitgevoerd. Daarnaast kan sprake zijn van geslachtsbepaalde *beroepsactiviteiten* dat wil zeggen dat niet een hele functie maar wel bepaalde werkzaamheden daarbinnen uitsluitend door iemand van een bepaald geslacht kunnen worden uitgevoerd. Ten slotte kan binnen een arbeidsorganisatie een voorkeur bestaan voor iemand van een bepaald geslacht bij de vervulling van een bepaalde *vacature*, zonder dat de betreffende werkzaamheden uitsluitend door iemand van dat geslacht kunnen worden uitgevoerd, bijvoorbeeld vanwege een voorkeursbeleid voor vrouwen of omdat een man in het team wenselijk of noodzakelijk wordt geacht vanwege de aanwezigheid van geslachtsbepaalde activiteiten of de onderlinge sfeer.

Opzet van dit hoofdstuk

In het navolgende (par. 2) wordt eerst ingegaan op de functies en beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend wordt geacht. Nagegaan wordt of en in hoever-

240 Van Beek & Van Praag 1992, p. 59.

241 Van Vianen, Van Schie & Willemsen 1986; zie ook Van Vianen 1987.

re bepaalde functies en beroepsactiviteiten volgens de arbeidsorganisatie uitsluitend door iemand van een bepaald geslacht kunnen worden verricht. De opvattingen van arbeidsorganisaties op dit punt zullen overigens niet altijd samenvallen met het geldend recht over geslachtsbepaalde functies en activiteiten. Vervolgens wordt besproken welke overige voorkeuren met betrekking tot het geslacht uit het onderzoek naar voren komen. In paragraaf 3 komen verschillende argumenten aan de orde die door de respondenten ter rechtvaardiging van een voorkeur voor een man of een vrouw kunnen worden gehanteerd. Naast de in de wetgeving en wetsgeschiedenis genoemde argumenten komen andere door de respondenten naar voren gebrachte argumenten aan bod. In paragraaf 4 wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de mogelijke relatie tussen geslachtsbepaaldheid en ras of etnische herkomst. Vervolgens komt in paragraaf 5 aan de orde wat respondenten weten over de gelijkebehandelingswetgeving. De maatschappelijke context van een voorkeur voor een man of een vrouw bij de vervulling van vacatures komt aan de orde in paragraaf 6. In paragraaf 7 worden de resultaten van het empirisch onderzoek vergeleken met die van het juridische onderzoek. In hoeverre passen de opvattingen van personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars en de praktijk bij de selectie van personeel binnen het geldend recht? Hoe verhouden de opvattingen van respondenten zich tot de geldende juridische normen? Paragraaf 8 bevat de belangrijkste conclusies van het rechtssociologische gedeelte van het onderzoek.

6.2 Voorkeuren voor mannen of vrouwen bij het vervullen van een vacature

6.2.1 Functies en beroepsactiviteiten voor vrouwen

De meeste geïnterviewde *personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsorganisaties* zeggen dat binnen hun organisatie geen functies bestaan waarvoor uitsluitend een man of vrouw in aanmerking komt. Respondenten die wel zo'n functie noemen gaat het doorgaans om een specifieke functie. De volgende functies worden genoemd als functies die (soms) uitsluitend door een vrouw kunnen worden vervuld:

- allochtone meiden- en vrouwenwerk en buurtmoeders binnen sociaal cultureel werk;
- begeleiding van groep Marokkaanse mannen;
- peuterleidsters die op huisbezoek gaan bij allochtone gezinnen;
- één cursusleidster uiterlijke verzorging in de meisjesbushulpverlening;
- screeninglaborantes bij bevolkingsonderzoek naar borstkanker;
- receptioniste, secretaresse, administratief medewerkster.

Het onderscheid tussen een geslachtsbepaalde functie en een functie die traditioneel door vrouwen wordt vervuld is niet altijd eenvoudig te maken. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen geslachtsbepaalde functies en geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Sommige zorg- en welzijnsorganisaties kennen geen geslachtsbepaalde functies maar hebben wel beroepsactiviteiten waarvan gedacht wordt dat die

uitsluitend door vrouwen kunnen worden uitgevoerd of dat een vrouw het beter kan. Bij de verdeling van taken binnen een team wordt dan zo nodig rekening gehouden met het geslacht van de medewerkers. Een vrouwelijke medewerkster neemt bijvoorbeeld de begeleiding van een Marokkaanse vrouwengroep op zich. Bij de toedeling van patiënten voor medisch psychologische behandeling of van jongeren binnen de ambulante jeugdhulpverlening aan een hulpverlener wordt soms eveneens met het geslacht van de hulpverlener rekening gehouden.

De meeste geïnterviewde *arbeidsbemiddelaars* geven voorbeelden van een of meer bedrijven die voor een bepaalde functie uitsluitend een vrouw wensen. De verklaring voor deze hogere frequentie kan zijn dat een arbeidsbemiddelaar informatie heeft over veel arbeidsorganisaties of dat arbeidsbemiddelaars het niet over hun eigen organisatie hebben maar over die van hun klanten. De volgende functies worden in dit verband genoemd:

- Productiemedewerkster chipfabriek;
- Verkoopster damesmodezaak;
- Magazijnmedewerker lingerie magazijn;
- Telefoniste, receptioniste, secretaresse, administratieve functies;
- Medewerkster bedrijfskantine;
- Combinatiefunctie bediening en receptie in een hotel;
- Agrohulp (vervanging van boerin);
- Stekwerkzaamheden, plukken en sorteerwerkzaamheden tuinbouw;
- Medewerkster linnenkamer;
- Verkopers in een technische omgeving (stimuleert de verkoop doordat klanten minder technische vragen stellen);
- Webdesigner (vrouwen creatiever).

Kijkend naar deze lijsten van beroepen blijkt typisch vrouwenwerk te bestaan uit:

- Werkzaamheden waarvan contact met allochtone vrouwen een essentieel onderdeel vormt;
- 'Fijn priegelwerk' waarvoor vrouwen door hun fijne motoriek beter geschikt zouden zijn (werken secuurder, netter, sneller);
- Werkzaamheden die betrekking hebben op het vrouwenlichaam;
- Dienstverlenende administratieve beroepen die op grond van traditie als vrouwenberoep worden gezien (naast het dienstverlenende element speelt hier wellicht ook een rol dat een organisatie hier graag iemand – een vrouw – wil die er leuk uitziet);
- Traditionele vrouwenwerkzaamheden in huishouden en land- en tuinbouw.

6.2.2 *Functies en beroepsactiviteiten voor mannen*

De volgende geslachtsbepaalde beroepen voor mannen worden door *personeelsfunctionarissen in de sector zorg en welzijn* genoemd:

- Beveiligingsfunctionarissen;
- Chauffeurs en medewerkers logistiek (i.v.m. te verplaatsen gewicht);

- Begeleiders Marokkaanse jongens;
- Pastoor.

Ook worden verschillende beroepsactiviteiten genoemd waar bij het verdelen van de taken binnen een team of afdeling rekening wordt gehouden met het geslacht.

De *arbeidsbemiddelaars* noemen de volgende functies als functies waarbij een voorkeur voor een man bestaat:

- Magazijnmedewerkers, orderpikkers;
- Bouw;
- Til- en sjouwwerkzaamheden;
- Zwaar productiewerk;
- Vuilophalers;
- Portier, beveiliging, bewaking;
- Chauffeurs voor distributie van zware goederen;
- Afdeling neurologie ziekenhuis (veel tilwerk);
- Methadonpost;
- Jongerenafdeling verpleeghuis;
- Jeugdhulpverlening, streetcornerwerk met Marokkaanse jongeren;
- Psychiatrie, instelling voor zware gehandicapten, instelling voor verstandelijk gehandicapten;
- Maatschappelijk werk t.b.v. minderjarige asielzoekers;
- Chemisch bedrijf (i.v.m. gevaar voor vruchtbaarheid vrouw);
- Metaalbedrijf (i.v.m. ontbreken vrouwentoilet);
- Kok (traditioneel man kok, vrouw keukenassistent);
- Helpdesk medewerker die bij klanten aan huis komt (vrouwelijke medewerker in verleden lastig gevallen door mannelijke klant);
- Verkoper chique herenmodezaak.

Typische mannenberoepen worden kennelijk gekenmerkt door:

- Fysiek zwaar werk;
- Een bepaalde werkwijze of een bepaalde manier van omgaan met jongens of een 'lastige' doelgroep waarvoor mannen meer geschikt zouden zijn;
- Beroepen die op grond van traditie als mannenberoep worden gezien.

Bij enkele instellingen voor residentiële jeugdhulpverlening wordt gebruik gemaakt van echtparen, die samen met een aantal jongeren wonen.

6.2.3 *Sekseneutraal of geslachtsbepaald?*

Er is een grote mate van overlap tussen wat respondenten beschouwen als geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en de traditionele arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen. Respondenten erkennen overigens in nogal wat gevallen dat ook iemand van het andere geslacht de betreffende werkzaamheden kan uitvoeren. Echter, daaraan is altijd een 'maar' verbonden. Bijvoorbeeld:

- dan zal het werk kwalitatief of kwantitatief minder goed zijn;
- vrouwen zullen het werk niet volhouden omdat het te zwaar is;
- dan zullen collega's (van het gewenste geslacht) moeten bijspringen;
- dat zullen (sommige) klanten niet prettig vinden of niet accepteren.

In het algemeen blijkt uit de interviews dat binnen de organisaties sprake is van een tamelijk traditionele taakverdeling. Binnen de betrokken organisaties worden functies in de verzorging en verpleging in verpleeghuis of thuiszorg en in de kinderopvang vrijwel uitsluitend door vrouwen vervuld. Receptionistes, telefonistes, secretaresses blijken hoofdzakelijk vrouwen terwijl de technische dienst, chauffeurs, magazijnmedewerkers en beheerders vrijwel altijd van het mannelijk geslacht zijn. Leidinggevende en hogere managementfuncties worden binnen de betrokken organisaties vaker door mannen uitgeoefend. Deze geslachtsspecifieke segregatie komt overeen met het algemene beeld dat op basis van statistische gegevens en onderzoek bekend is.²⁴²

Die traditionele taakverdeling lijkt in het algemeen aan te sluiten bij de opvattingen van zowel arbeidsbemiddelaars, personeelsfunctionarissen en leidinggeven-den als sollicitanten. Voor nogal wat functies solliciteren volgens de respondenten geen of bijna geen mannen respectievelijk vrouwen. Vanzelfsprekendheden van werkgevers en (potentiële) werknemers lijken hier min of meer parallel te lopen. Overigens zeggen nogal wat respondenten dat als in een incidenteel geval iemand van het 'andere' geslacht reageert op een vacature dat men hierover blij verrast is en zo iemand in de sollicitatieprocedure 'meeneemt'.

De vraag of een organisatie geslachtsbepaalde functies kent is afhankelijk van een aantal factoren:

- de aard van de werkzaamheden binnen de organisatie;
- opvattingen binnen de organisatie over wat mannen kunnen en wat vrouwen kunnen;
- de manier waarop de werkzaamheden over personeelsleden worden verdeeld;
- de feitelijke verdeling van de functies over mannen en vrouwen.

Sommige werkzaamheden zijn in de ogen van alle respondenten sekseneutraal. Dit geldt bijvoorbeeld voor administratief werk. Andere werkzaamheden kunnen volgens sommigen beter door een man of beter door een vrouw worden uitgevoerd, terwijl anderen dezelfde werkzaamheden als sekseneutraal beschouwen. Dit geldt bijvoorbeeld voor functies als receptioniste of magazijnmedewerker. Ten slotte zijn er werkzaamheden waarvan vrijwel iedereen vindt dat ze beter door een man of juist door een vrouw kunnen worden verricht. In dit laatste geval kan er overigens

242 Vergelijk par. 1.3. Zie bijvoorbeeld Brouns & Stokker 1990, Hooghiemstra & Nip-huis-Nell 1993, Keuzenkamp & Oudhof 2000. Deze verdeling van taken vertoont op-merkelijke overeenkomsten met de arbeidsverdeling zoals die geschetst wordt door Morée & Schwegman (1981) voor de periode vóór 1940. De verdeling kan dus tradi-tioneel worden genoemd.

nog verschil van mening bestaan over de vraag of een vrouw of juist een man de voorkeur verdient. Zo wordt door de een gezegd dat voor begeleiding van een groep Marokkaanse mannen een vrouw de voorkeur verdient omdat een mannelijke begeleider gemakkelijk agressie ‘uitlokt’, terwijl anderen juist de voorkeur geven aan een man omdat die beter geaccepteerd zou worden en meer overwicht heeft.

Wanneer volgens de respondent sprake is van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten behoeft dit nog niet te betekenen dat de organisatie ook geslachtsbepaalde functies kent. Dit is namelijk ook afhankelijk van de wijze waarop het werk is georganiseerd. Zo vraagt de ene welzijnsinstelling een vrouw voor allochtoon meidenwerk, terwijl een andere welzijnsinstelling geen geslachtsbepaalde functies kent omdat iedereen allerlei werksoorten moet kunnen doen. In plaats van een medewerkster speciaal voor Marokkaanse vrouwen wordt gestreefd naar een evenwichtig samengesteld team van opbouwwerkers waarin zowel vrouwen (bijvoorbeeld voor begeleiding van een Marokkaanse vrouwengroep) als mannen (bijvoorbeeld voor contacten met de imam) zitten. De aanleiding voor een dergelijke organisatie van het werk is overigens niet de wens om geen geslachtsbepaalde functies te hebben, maar een bepaalde filosofie over een goed functionerende welzijnsinstelling en aantrekkelijke en afwisselende functies voor de medewerkers daarbinnen.

“Bijvoorbeeld allochtone meidenwerk, daar willen we eigenlijk alleen een allochtone meid op hebben om duidelijk te zijn. Bij voorkeur dan. Dan merk je dat er dan ook alleen maar geworven wordt op een vrouw”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Ik weet wel hoe het vroeger bij die werving ging, toen het ging om die Marokkaanse en Turkse groepen. Dat heel duidelijk is gezegd: we moeten nu echt een man binnen halen, we moeten nu echt een vrouw binnenhalen. Dat was toen heel specifiek. Dat was toen. Op dit moment, natuurlijk moeten we iemand voor die vrouwengroep hebben. Maar we gaan niet werven voor een vrouwengroep. Nee, we werven algemeen. (...).

En dat betekent dat je ook niet meer die vraag gaat krijgen, voor die specifieke doelgroep moet je perse een vrouw hebben. Want wij zeggen dan: als we uit de procedure een man halen, dat betekent (...), dat we even binnen het team gaan kijken van wie gaat dat project draaien”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Soms wordt het werk juist langs lijnen van geslacht georganiseerd. Dit komt bijvoorbeeld voor in de land- en tuinbouw. Hierbij speelt enerzijds een rol dat vrouwen bepaalde werkzaamheden goed zouden kunnen en daarnaast dat vrouwen doorgaans goedkoper zijn (‘dat is gewoon werk voor dames’).

“Een voorbeeld. Een klant van mij, een boomkweker. Hij heeft nu een aantal weken zowel mannen als vrouwen van ons gehad. Hij belde me deze week op om te zeggen dat de heren na deze week niet terug hoeven te komen want het sorteren (grote, kleine, dikke, dunne) dat deden ze allemaal samen. Maar nu gaan ze echt stekwerkzaamheden doen en dat wil hij alleen met dames doen. Dus hij

zegt: de mannen kunnen na deze week niet meer terugkomen, maar de dames mogen allemaal blijven. (...).

Dat is zo ingegroeid en algemeen bekend: in die periode moet dat werk gebeuren en in die periode dat werk. En dat zijn met name mannen en dat vrouwen. En wat misschien ook wel meespeelt, maar dan praat je niet echt over de aard van de werkzaamheden, is meer het tarief. Uitzendkrachten hebben persoonsgebonden tarieven. Over het algemeen is het dan zo dat huisvrouwen, niet altijd maar het merendeel van ons bestand wat lager zijn ingeschaald dan onze mannelijke krachten omdat die ook vaak wat meer verantwoordelijk werk moeten doen. Zo'n tuinder heeft het toch al niet breed, dus die heeft dan liever goedkope krachten dan dure krachten. (...) Het merendeel van de vrouwen bij ons werkt vaak voor de gezelligheid om in de maatschappij te zijn en te kletsen en zo". (arbeidsbemiddelaar)

Tot slot is ook de feitelijke verdeling van de functies over mannen en vrouwen van belang. Thans is bijvoorbeeld 99% van de medewerkers in de kinderdagverblijven en peuterspeelzalen vrouw. De functie wordt niet als een geslachtsbepaalde functie of functie met geslachtsbepaalde activiteiten beschouwd. In het hypothetische geval dat een belangrijk deel van de medewerkers van een kinderopvanggroep of peuterspeelzaal man zou zijn, zou dit in bepaalde situaties tot de wens kunnen leiden bij voorkeur een vrouw aan te stellen. Eén respondent wijst er op dat een vrouw noodzakelijk is in verband met contacten met of huisbezoeken aan (allochtone) gezinnen waar om godsdienstige of culturele redenen contacten van een vrouw (moeder) met een man (niet haar echtgenoot of naaste familie) problematisch zijn.

6.3 Argumenten voor een voorkeur voor een man of vrouw

In deze paragraaf zullen de verschillende argumenten die gebruikt worden om een voorkeur voor een man of vrouw te rechtvaardigen de revue passeren. Het gaat daarbij enerzijds om argumenten die in de interviews spontaan door de respondenten naar voren zijn gebracht, anderzijds komen argumenten aan de orde die in de bestaande regelgeving en wetsgeschiedenis een rol spelen. De verschillende argumenten overlappen elkaar in sommige gevallen.

6.3.1 Personeelsbeleid: voorkeursbeleid en streven naar afspiegeling van bevolking of klanten

De wens om een vacature specifiek op te vullen met een man dan wel een vrouw kan voortvloeien uit een expliciet voorkeursbeleid of vanwege een streven het personeel van een instelling of organisatie een afspiegeling te laten zijn van de klanten, respectievelijk de (lokale) bevolking.²⁴³ De term 'voorkeursbeleid' betekent niet voor iedere respondent hetzelfde. Sommigen denken daarbij bijvoorbeeld aan

243 Zie bijvoorbeeld oordelen CGB 98-26, 98-76 en 98-105.

een voorkeur voor een vrouw of een man vanwege de eenzijdige samenstelling op de afdeling.

Slechts vier van de geïnterviewde *arbeidsbemiddelaars* hebben wel eens te maken met organisaties die een expliciet voorkeursbeleid voeren voor vrouwen en/of voor allochtonen gericht op het inhalen van een achterstand. Het gaat dan vooral om overheidsorganisaties. Twee van deze vier arbeidsbemiddelaars richten zich specifiek op de bemiddeling van allochtonen. De meeste arbeidsbemiddelaars zeggen dat hun klanten nooit aangeven bij gelijke geschiktheid de voorkeur te geven aan een vrouw of een man of een kandidaat met een allochtone achtergrond.

Bij de *zorg- en welzijninstellingen* is de relevantie van voorkeursbeleid afhankelijk van de aard van de organisatie. Veel organisaties die hoofdzakelijk vrouwelijk personeel hebben, zijn werkzaam in de zorg en kennen geen voorkeursbeleid. Het gaat dan om thuiszorgorganisaties, verpleeghuizen, een ziekenhuis en een centrum voor bevolkingsonderzoek. Organisaties op het terrein van de jeugdhulpverlening, sociaal cultureel werk of opbouwwerk kennen vaak wel een soort streefverdeling in het personeelsbestand. Vaak wordt gestreefd naar een evenwichtige samenstelling wat betreft mannen en vrouwen. Het gaat hier niet om voorkeursbeleid in de strikte zin. Dit komt aan de orde in de paragraaf over een voorkeur vanwege kenmerken van de doelgroep en over de teamsamenstelling.

Slechts drie zorg- en welzijnsinstellingen kennen een voorkeursbeleid in strikte zin. Twee van hen voeren een voorkeursbeleid gericht op vrouwen binnen (hogere) managementfuncties. Eén organisatie maakt deel uit van een departement en heeft een expliciet geformuleerd voorkeursbeleid voor vrouwen (en allochtonen).

Ruim de helft van de respondenten vindt dat het voeren van een voorkeursbeleid voor vrouwen en voor mannen moet zijn toegestaan. Ongeveer een op de drie respondenten vindt dat een voorkeursbeleid voor zowel vrouwen als mannen verboden moet zijn, het zijn vooral arbeidsbemiddelaars die deze mening zijn toegedaan. De huidige wettelijke regeling die voorkeursbeleid voor vrouwen toestaat en voorkeursbeleid voor mannen verbiedt, wordt niet begrepen en ondersteund. Slechts drie respondenten zijn het eens met het huidige wettige regime.

“Een voorkeursbeleid voor mannen is niet toegestaan denk ik. Zou het moeten mogen? Je kunt het omdraaien: als het voor vrouwen mag, moet het voor mannen ook mogen. Maar mannen hebben al vaak een voorkeurspositie dus die hoeft je niet te beschermen. Heeft geen nut. Bijvoorbeeld in de verzorgingssector zou je een ander antwoord kunnen krijgen, dat het wel zou moeten mogen. Maar ik zie het niet zo”. (arbeidsbemiddelaar)

Voor veel respondenten is het juist in strijd met het idee van gelijke behandeling dat een voorkeursbeleid voor vrouwen wel mag en voor mannen niet. Een organisatie die in de meest voorkomende functie uitsluitend vrouwen in dienst heeft, wilde graag eens een man proberen op die functie:

“Er werd ons gezegd dat we niet als er twee gelijke kandidaten waren bij voorkeur een man mochten aannemen. Terwijl dat eigenlijk de insteek was op dat moment. Nee, integendeel wij zouden juist bij voorkeur een vrouw moeten aannemen. En dat stuit mij dan weer tegen de borst. Dan denk ik: dat is ongelijke behandeling. Maar dat heeft dan weer te maken met een soort inhaalslag die er voor vrouwen op de arbeidsmarkt was. Maar het komt mij niet erg gelijk over. (...).

Ik denk dat ze juridisch volkomen gelijk hebben, maar naar mijn gevoel praat je niet over gelijke behandeling. Want het is enerzijds gelijk naar de mannen toe, maar ook gelijk naar de vrouwen toe, het hoort beiden gelijk te zijn. En ik mocht wel een man aannemen maar mocht geen voorkeur voor een man uitspreken. (...) Ik denk: hoe gelijk is dan gelijk in dit geval? Ik vind dat heel krom. Gelijke behandeling zou twee kanten moeten zijn”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Algemeen is de opvatting dat een voorkeursbeleid voor vrouwen en voor mannen of allebei mogelijk moet zijn of allebei verboden moet zijn. Sommigen trekken deze lijn door naar voorkeursbeleid voor allochtonen:

“De Wet Samen vindt dat jij af en toe de voorkeur moet geven aan allochtonen. Maar daar waar het moet kunnen voor allochtonen vind ik dat je als bedrijf ook moet kunnen zeggen ik heb voorkeur voor mannen of voor vrouwen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Een op de drie respondenten is geen voorstander van een voorkeursbeleid voor vrouwen of allochtonen; de helft vindt dat een voorkeursbeleid voor mannen niet moet mogen. Meestal omdat ze niemand willen uitsluiten van bepaalde banen en omdat ze van oordeel zijn dat de meest geschikte kandidaat een baan dient te krijgen.

“Een voorkeursbeleid moet niet mogen. Iedereen is gelijk vind ik”. (arbeidsbemiddelaar)

“Ik denk dat je gewoon iedereen gelijk moet behandelen. Soms zijn er wel functies waar alleen vrouwen gevraagd worden en toch een man interesse heeft, die dan niet... Vaak heb je dat met een functie waar een allochtoon gevraagd wordt. Dan heeft een autochtoon interesse en dan moet ik zeggen: nee we zoeken een allochtoon. Dat vind ik dan gewoon heel vervelend. Ik snap wel waarom ze dat doen, maar ik vind het wel lastig. Ik weet dan dat diegene denkt: ja hallo, ik kan het ook en nu wordt me die kans ontnomen. Moet mijns inziens niet mogen. Brengt ook alleen maar mensen tegen elkaar op, een beetje haat en rijd en problemen. Het werkt niet prettig”. (arbeidsbemiddelaar)

Er zijn op dit punt verschillen tussen personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars. Personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsinstellingen vinden in overgrote meerderheid dat het voeren van een voorkeursbeleid voor vrouwen, mannen en allochtonen moet zijn toegestaan. Van de respondenten van uitzendbureaus en bemiddelingsbureaus vindt ongeveer de helft dat voorkeursbeleid zou

moeten mogen, terwijl de andere helft vindt dat het verboden zou moeten zijn. Nogal wat respondenten weten dat een voorkeursbeleid voor allochtonen tot op zekere hoogte verplicht is op grond van de Wet Samen.

6.3.2 Teamsamenstelling

Arbeidsorganisaties blijken zeer regelmatig een voorkeur te hebben voor een man of een vrouw in verband met de samenstelling van het team. Slechts drie van de 35 respondenten geven aan dat de teamsamenstelling van geen betekenis is bij de keuze van een nieuw personeelslid.

Een bepaalde samenstelling kan wenselijk zijn voor een betere onderlinge sfeer in het team of nodig zijn in verband met de aard van het werk. Teamsamenstelling in verband met de aard van het werk komt aan de orde in paragraaf 6.3.4 waar voorkeuren in verband met de kenmerken van de doelgroep behandeld worden.

Acht personeelsfunctionarissen en dertien arbeidsbemiddelaars noemen een voorkeur voor een man of een vrouw voor een specifieke vacature vanwege de sfeer in het team. In de meeste gevallen waar teamsamenstelling als argument genoemd wordt voor een voorkeur, betreft het slechts een wens en staat de kwaliteit van de nieuwe medewerker voorop.

Verschillende teamsamenstellingen worden genoemd waardoor een voorkeur voor een man of vrouw kan ontstaan. Wanneer er op een afdeling veel vrouwen werken, kan een voorkeur voor een man ontstaan omdat dat de sfeer ten goede zou komen. Dit wordt zowel door arbeidsbemiddelaars als door personeelsfunctionarissen genoemd. Uitzonderlijk is de opmerking van een directeur dat hij zelf graag het vrouwenteam zou willen versterken met een man maar dat de medewerksters hier tegen gekant bleken.

“Dat waren hele triviale zaken en dat varieerde van: wij zijn een gezellige vriendinnenclub. Wat mij al heel erg tegen de borst stuit als dat soort argumenten worden gebruikt. We praten over professionele arbeid (...). Tot van: dat mag je een cliënt niet aandoen. Daardoor stoten we cliënten af”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Drie arbeidsbemiddelaars geven aan dat zij een bedrijf kennen waar – op een afdeling – vooral vrouwen werken en men, omwille van de sfeer in het team, bij voorkeur een vrouw plaatst omdat een man niet in dat team zou passen.

Twee personeelsfunctionarissen werkzaam bij organisaties waar vrijwel uitsluitend vrouwen werken, vertellen dat aanvankelijk hun beleid was dat ook het managementteam uit vrouwen moest bestaan. In allebei de gevallen is dat beleid niet meer van kracht en zijn voor leidinggevende functies nu ook mannen welkom.

Een team dat voornamelijk uit mannen bestaat wordt door zes arbeidsbemiddelaars genoemd. De wens kan dan bij de arbeidsorganisatie wel bestaan om er een vrouw

bij te plaatsen, om zo weer wat andere ‘praat’ te krijgen en omdat men van mening is dat vrouwen een ander geluid laten horen. Echter, door drie arbeidsbemiddelaars wordt aangegeven dat het in de genoemde gevallen (productiebedrijf, ICT-bedrijf en politie) moeilijk kan zijn voor een vrouw om in die mannenomgeving te werken. De sfeer (vrouwonvriendelijk of machocultuur) speelt daarbij een rol.

Van de zorg- en welzijnsinstellingen is één instelling (nog) hoofdzakelijk een mannenorganisatie. Deze instelling wil voor de meeste functies graag vrouwen aannemen, zij het dat daar vanwege de groep jongeren die opgevangen wordt een maximum aan zit in verband met de veiligheid van de medewerkers.

“Ik denk dat we nog uit moeten breiden naar vrouwen en we proberen eigenlijk de geschikte vrouwen die zich aandienen om die ook te nemen (...). Het team laat mij zien dat ze in groepen een heel andere sfeer krijgen doordat er een vrouw bij is gekomen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Vier personeelsfunctionarissen noemen een bepaalde afdeling (administratie, personeelszaken, managementteam) waar meer of uitsluitend mannen werken die graag een vrouw erbij zou willen hebben voor de sfeer. Volgens hen benaderen vrouwen zaken anders: vrouwen zouden andere elementen betrekken in de besluitvorming.

Binnen vier zorg- en welzijnsinstellingen zijn (redelijk) gemengde teams aanwezig. Drie van deze vier organisaties geven aan de samenstelling zo te willen houden. De andere personeelsfunctionaris krijgt daarover geen wensen door van de afdeling, maar vindt het zelf wel belangrijk om een goede verdeling te houden en adviseert afdelingen om er rekening mee te houden. Bedrijven die een voorkeur hebben voor vervulling van een vacature door een man respectievelijk een vrouw met als argument het willen handhaven van een gemengd team (vrouw vertrekt, bij voorkeur vervangen door vrouw) worden niet door de arbeidsbemiddelaars genoemd.

Slechts één arbeidsbemiddelaar en twee personeelsfunctionarissen geven aan dat de teamsamenstelling binnen een organisatie niet leidt tot de voorkeur voor een man of vrouw.

“Men vindt een vrouwelijke chauffeur wel bijzonder en leuk, maar een voorkeur voor een vrouw in verband met de teamsamenstelling speelt geen rol. Een man past net zo goed in het team. Het gaat het bedrijf er gewoon om dat die vrachtwagen rijdt”. (arbeidsbemiddelaar)

Een voorkeur voor een man of een vrouw in verband met de teamsamenstelling bij het aanstellen van een nieuwe werknemer komt vaak voor en over het algemeen vinden respondenten dat acceptabel. Elf van de 18 arbeidsbemiddelaars en 15 van de 17 personeelsfunctionarissen vinden dat een voorkeur voor een man of een vrouw in verband met de teamsamenstelling ook wettelijk geoorloofd zou moeten zijn. In vergelijking met alle andere meningen omtrent uitzonderingen op de hoofdregel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen is dit duidelijk de meest ge-

accepteerde uitzondering. Een verklaring voor de grote acceptatie zou kunnen zijn dat voorkeur vanwege de samenstelling van het team niet wordt gezien als in strijd met gelijke behandeling omdat niet een van beide geslachten wordt buitengesloten. De functie op zichzelf kan immers door zowel vrouwen als mannen uitgeoefend worden, maar de teamsamenstelling op dat moment vraagt om een man of een vrouw waarbij bovendien kwaliteit voorop blijft staan.

Overigens wordt regelmatig aangegeven dat in plaats van de man-vrouw verhouding, veeleer de verhouding tussen allochtonen en autochtonen, fulltimers en parttimers, verschillende leeftijden en verschillende opleidingen een rol speelt bij de overwegingen wie aangenomen wordt.

Opvallend is dat veel respondenten enerzijds aangeven dat de man-vrouw verdeling binnen het personeel zo langzamerhand niet meer een punt van zorg is en dat afwijzing op grond van geslacht voor een bepaalde functie slechts bij uitzondering voorkomt. Anderzijds wordt de teamsamenstelling als argument voor een voorkeur redelijk eensgezind herkend en wenselijk geacht, waardoor het geslacht van de kandidaat wel degelijk een rol speelt in de overwegingen iemand al dan niet aan te stellen.

In veel interviews wordt benadrukt dat het bij de selectie van personeel primair gaat en moet gaan om de kwaliteit en geschiktheid van de kandidaat.

“Nee [wij hebben geen voorkeursbeleid]. Ik denk dat wij een organisatie zijn die staat voor kwaliteit. En wat voor type medewerker daar zit: allochtoon, autochtoon, man, vrouw, valide, invalide, het gaat om de kwaliteit. En als iemand de kwaliteit kan bieden met zijn of haar handicap, zijn of haar huidskleur, man of vrouw, dat is ons om het even”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

6.3.3 Voorkeur vanwege lichamelijke redenen

Een voorkeur voor een man omdat de werkzaamheden lichamelijk zwaar zijn, komt in de interviews regelmatig naar voren. Dit is ook redelijk geaccepteerd door de respondenten. Zo willen twee transportbedrijven geen vrouwelijke chauffeurs meer omdat zij niet zelfstandig kunnen laden en lossen. Een verpleeghuis heeft voor het transport van vuil wasgoed, linnenkarren en maaltijden, de voorkeur voor een man omdat er zwaar werk bij komt kijken.

“Bij ons in de logistiek bestaat een voorkeur voor een man, omdat er vaak zwaar werk bij komt kijken. Dat zou een vrouw best kunnen doen, maar je ziet dat daar toch meestal geen vrouwen op solliciteren. Maar ook de voorkeur gaat wel naar een man uit.

Interviewer: Omdat mannen dat beter kunnen of beter volhouden?

Ja, lichamelijk beter volhouden. Hoewel er aanpassingen genoeg zijn. Want er is een kar waar je mee kunt rijden, nou daar kunnen vrouwen net zo goed in rijden als mannen. Maar het is toch vaak nog even van op de plek trekken of goed neerzetten of met de hand, dat je toch eigenlijk daar een man zou willen hebben.

Interviewer: Speelt zo iets ook in de zorg voor bewoners? Ik kan me voorstellen dat sommigen weinig mobiel zijn, maar wel heel zwaar en log?

Nee. Dat heeft te maken dat er zoveel tilliften en hulpmiddelen zijn dat je mensen gewoon in bed al in de lift kunt zetten en met een takeltje of met een knopje de mensen gewoon kunt tillen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Een voorkeur voor een man of een vrouw heeft vaak te maken met teamsamenstelling. Of het moet functie-relevant zijn, in het geval van productiewerk bijvoorbeeld. Als je het over magazijnmedewerkers hebt die veel moeten orderpikken, dat is gewoon negen van de tien keer niet iets voor een vrouw omdat het veel te zwaar werk is. (...).

Ik had een klant met veel inpakwerk, dat was heel gemengd. De mannen gingen op een gegeven moment door naar de orderpikafdeling en dan kon ik weer vrouwen kwijt op de inpakafdeling. (...) Bij het orderpikken wordt gesjouwd met kratten en daar hadden we ook dames werken, maar die kwamen dan toch met de vraag hen op een andere afdeling te zetten omdat het te zwaar wordt. En dan ga je kijken, iemands gezondheid staat natuurlijk voorop”. (arbeidsbemiddelaar)

Verschillende respondenten merken dat vrouwen bepaalde werkzaamheden die fysiek erg zwaar zijn op den duur niet volhouden. De helft van de respondenten denkt dat zwaar werk een wettelijk toegestane reden is om als werkgever de voorkeur aan een man te geven. En is van oordeel dat dit ook zou moeten mogen.

“Interviewer: Weet u ook in welke situatie het een werkgever is toegestaan in uitzondering op de hoofdregel van gelijke behandeling bij voorkeur een man of een vrouw te vragen?

Ik weet er maar één en dat is de zwaarte van de functie. Dus om lichamelijke redenen mag je een voorkeur hebben voor een man”. (arbeidsbemiddelaar)

De andere helft denkt dat een voorkeur om die reden volgens de wettelijke voorschriften niet is toegestaan en is het daar ook mee eens. Dit betreft medewerkers van instellingen voor jeugdhulpverlening en welzijnswerk en vijf arbeidsbemiddelaars. Twee arbeidsbemiddelaars weten dat het verboden is, maar vinden dat het wel toegestaan zou moeten zijn.

“Het is volgens mij verboden. Ik denk zelf dat in bepaalde functies dat het niet anders kan. Laten we heel eerlijk zijn, in de bouw waar hele zware werkzaamheden verricht moeten worden, dat zie ik echt een vrouw niet doen”. (arbeidsbemiddelaar)

Overigens geldt ook hier dat als mannen beter zijn in bepaalde activiteiten, soms bij de taakverdeling rekening wordt gehouden met het geslacht zonder dat dit er toe leidt dat dit bij werving en selectie een rol speelt.

“Wij hebben geen sjouwen, tillen, bukken. Maar (...) we doen veel aan sport met jongeren. En wij hebben een stuk of vier mensen in dienst, met name Marokkaanse en Afrikaanse collega's die door een voetbalclub hierheen gehaald zijn,

maar net niet doorgedrongen zijn tot de hoogste selectie. En die zijn goed in voetballen. Een vrouw kan niet beter voetballen dan die collega's. Op sportgebied zijn mannen vaak beter". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Een enkele keer wordt opgemerkt dat voor bepaalde werkzaamheden een voorkeur voor vrouwen bestaat omdat die daarin beter zijn, het gaat dan om fijne motoriek, vingervlugheid en priegelwerk.

Een voorkeur voor een man komt eveneens voor bij beveiligingsfuncties, beheerder van een wijkcentrum of functies waarbij men met agressieve mensen te maken kan krijgen in de crisisopvang of het jongerenwerk. Het gaat hier om fysiek overwicht, een combinatie van een krachtig uiterlijk, de mogelijkheid iemand fysiek in bedwang te houden en een sterke persoonlijkheid die zich niet laat intimideren.

"Bij de school voor jongens met een sociaal delinquente achtergrond hebben we een heel strak hiërarchisch systeem. Daar is ook een heel fysiek programma, heel veel sport. En als je het hebt over de fysieke gesteldheid van de mensen, daar is wel de ervaring dat over het algemeen wat grote mannen, wat spierbundels rondlopen, laat ik het zo maar zeggen. Omdat hoe je het ook wendt of keert, voor die jongens maakt het indruk. Daar kun je fysiek overwicht goed gebruiken. Zit je op de getraumatiseerde jongerengroep daar zou het alleen maar tegen je werken omdat het alleen maar angstgevoelens bij jongeren oproept. Dus dat is inderdaad de keerzijde daarvan. Maar het is voor ons absoluut geen selectie criterium. (...) Wij zijn daar juist hard op zoek naar vrouwen. Maar we kunnen ze niet vinden, omdat het systeem ze niet ligt. Daardoor ontstaat er een machocultuur. (...) Daar is een gemengd team ontzettend wenselijk, maar heel lastig te realiseren. (...).

Overwicht is bij ons heel belangrijk. Maar vrouwen hebben vaak nog wel meer overwicht dan de mannen merk ik hier. En dan hebben we het niet over de fysieke gesteldheid maar over het mentale aspect". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

"Fysiek overwicht speelt soms bij crisisopvang in huis". (een vorm van ambulante hulp, th)

Interviewer: Is dat dan reden om in zo'n situatie te kiezen voor een mannelijke hulpverlener of iemand die gewoon een beetje fors eruit ziet en meteen een beetje imponerend over komt?

(...) De keuze daar is niet groot want er zijn aantallen werkers en wanneer zij twee gezinnen hebben dan zitten ze vol. En als die dreiging zo groot is dan kun je zeggen: wij hebben geen mensen die dat aankunnen, of dat nou vrouwen zijn, dat is een reden om die zaak niet te nemen.

Dat is overigens bij de rest van de ambulante hulp ook, er wordt wel gekeken naar hoeveel dreiging er in een zaak kan zitten. Maar meer omdat te ijken aan je eigen grenzen, de grenzen van de instelling, dan grenzen van een man of een vrouw. Ik denk dat die gelijk moeten zijn. Ik bedoel een man kan misschien iets harder terug slaan maar als het dan zover is dan ligt er een probleem vooraf". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Interviewer: Is fysiek overwicht belangrijk bij de functie van beheerder?

Ja, uitsmijterachtig gedrag hè. Ik geloof daar niet zo in. Ik geloof dat een pittige tante net zo overwicht kan hebben als een beer die zo omver te blazen is, psychisch gesproken dan. Nee, het speelt niet, ik heb het nog niet meegemaakt dat gezegd werd: er moet een man komen. Er zijn ook vrouwelijke beheerders. Er wordt wel naar gekeken denk ik of iemand qua persoonlijkheid in staat is om orde te handhaven. Iemand moet in staat zijn om een stel opgeschoten pubers de deur uit te zetten. Anders ben je niet geschikt voor de functie. Dat heeft niet te maken met man-vrouw. Een man is sterker en daar hebben ze meer onzorg voor. In sommige gevallen zal dat misschien spelen, in andere weer niet". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

De meningen van de respondenten zijn verdeeld over de vraag of een man dit soort functies inderdaad beter kan uitoefenen dan een vrouw. Voor sommigen is een man hier vanzelfsprekend. Volgens anderen zijn vrouwen juist beter omdat zij minder agressie oproepen. Ten slotte zijn er respondenten die benadrukken dat het vooral gaat om de persoonlijkheid van de kandidaat en of de kandidaat, man of vrouw, aan de gestelde eisen voldoet. In de meeste gevallen lijkt de selectie 'vanzelf' plaats te vinden. Alleen kandidaten die het werk aankunnen wensen zo'n baan en dat zijn dan uitsluitend of hoofdzakelijk mannen.

Fysiek overwicht is een voor de respondenten minder acceptabele reden om een voorkeur voor een man te hebben dan lichamelijk zwaar werk. Eenderde vindt dat beide redenen verboden zouden moeten zijn, terwijl eveneens eenderde van oordeel is dat een voorkeur vanwege zwaar lichamelijk werk zou moeten zijn toegestaan en vanwege fysiek overwicht niet.

Met fysiek overwicht als functievereiste krijgen de meeste arbeidsbemiddelaars nooit te maken. Drie arbeidsbemiddelaars noemen in dit verband de jeugdhulpverlening. Twee anderen noemen fysiek overwicht als vereiste voor een bedrijfsleider of iemand die mensen moet aansturen. Een van hen voegt hier overigens onmiddellijk aan toe dat dat niet per definitie betekent dat het een man moet zijn.

6.3.4 Wensen en kenmerken van doelgroep, klanten, of cliënten

Met name in die gevallen waar gewerkt wordt ten behoeve van of met mensen stelt dit bepaalde eisen voor het goed verrichten van het werk. In het algemeen moet men affiniteit hebben met de doelgroep of klanten, door hen geaccepteerd worden en kunnen aansluiten bij hetgeen zij wensen. Afhankelijk van de aard van de werkzaamheden en de aard van de doelgroep kan dit leiden tot een voorkeur voor of zelfs uitsluiting van een bepaald geslacht.

Respondenten vinden over het algemeen dat hun organisatie of de bedrijven waarvoor zij werken, rekening dienen te houden met wensen van doelgroep of klanten. Daar wordt overigens meestal aan toegevoegd dat de organisatie niet aan elke wens van doelgroep of klant hoeft te voldoen. Vooral in de zorg- en welzijnsinstellingen wil men de kwaliteit van het werk beoordelen aan de hand van de

eigen professionele maatstaven. Voor zover mogelijk wil men daarbinnen wel rekening houden met wensen van klanten of bewoners.

Dat kenmerken van de doelgroep kunnen leiden tot de noodzaak of de wens de werkzaamheden te laten vervullen door een man of juist door een vrouw vinden verreweg de meeste personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsinstellingen en bijna de helft van de arbeidsbemiddelaars acceptabel. De meeste personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsinstellingen vinden het echter niet aanvaardbaar een voorkeur te hebben omdat dat de wens van de klant is. De helft van de arbeidsbemiddelaars vindt dit eveneens niet acceptabel.

Met name allochtone doelgroepen worden vaak genoemd als reden waarom een bepaalde taak uitsluitend of bij voorkeur door een vrouw of een man moet worden vervuld. Dit wordt genoemd bij buurtmoeders, allochtone meiden- en vrouwenwerk, peuterspeelzaalwerk, maatschappelijk werk.

“Bij buurtmoeders daar speelt dat natuurlijk wel, gezinsinterventieprojecten. Het is natuurlijk absoluut *not done* binnen de allochtone gemeenschap om een man naar een gezin te sturen om die met de kinderen te leren spelen. Dat kan niet”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Jongerenwerk met Marokkaanse jongens, daar kun je geen vrouw op zetten. In hun cultuur kun je geen Marokkaanse vrouw op zetten. Wel een autochtone vrouw, een Nederlandse vrouw, dat kan wel. Geen Marokkaanse vrouw. Dat ligt zeer gevoelig”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

In de zorg wil men wel rekening houden met wensen van de klant, maar men is van oordeel dat bewoners en patiënten een zorgverlener moeten accepteren of dit nu een man of een vrouw is. Er bestaat wel enig begrip voor klanten die moeite hebben met een afwijking van de traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen.

“We hebben een man en die zit in de verzorging. Dat is mensen uit bed halen en mensen elastische kousen aantrekken, en medicijnen en oogdruppels, onder de douche zetten, wassen en allemaal van dat soort hele kortdurende werkzaamheden, van vijf minuten tot een uur. En die gaan van cliënt naar cliënt op een morgen. Daar komt het wel eens voor dat hij dan niet geaccepteerd wordt. Maar dat is dan altijd redelijk kortstondig.

We zeggen het van tevoren en als een cliënt bezwaar maakt dan gaan we daar wel op in, met praten. En op een gegeven moment moet het.

Interviewer: Jullie zeggen niet: dan sturen we wel een vrouw want we hebben toch veel vrouwen?

Dat zullen we in een enkel geval doen en dan proberen we van lieverlee. Dan proberen we eerst oogdruppels en dat soort dingen die niet bedreigend zijn. (...) De cliënten moeten vaak zelf over een drempel heen. (...) Als ze eenmaal een man hebben dan willen ze die niet meer kwijt”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Het is een beetje dubbel hè. In organisaties moet je er op gericht zijn te kijken naar wensen van patiënten. Ik denk dat je je alle moeite moet getroosten. Mis-

schien moet je dan schuiven in het cliëntenbestand van je hulpverleners, dan torn je niet aan ... Ik denk niet dat klanten bepalend kunnen zijn”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Bij peuterwerk zie je bijna geen mannen. Maar ik zit alleen te twijfelen aan het feit of dat te maken heeft met het omgaan met peuters of het feit dat ...

Interviewer: of met de ouders van peuters ...

Ik vraag me af of we daar rekening mee zouden houden. Misschien niet omdat mannen zo weinig voorkomen, dus dan zit er toch ook altijd een vrouw en een man. Dus dan is dat evenwicht er wel”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“In de thuiszorg heb je voornamelijk oudere mensen. En daar heb je nog heel sterk voorkeur voor het geslacht. Ook al heb je een mannelijke cliënt die verzorgd moet worden. Het beeld van vroeger hè: een man hoort niet in een verzorgend beroep thuis. Niet omdat de werkgever dat vindt maar omdat de cliënt het vraagt”. (arbeidsbemiddelaar)

Soms kunnen kenmerken van de doelgroep leiden tot een geslachtsbepaalde functie. In andere gevallen is het voldoende wanneer een team uit zowel mannen als vrouwen bestaat en ontstaat pas een voorkeur voor vervulling van een vacature door iemand van een bepaald geslacht op het moment dat van een evenwichtige samenstelling op dat punt geen sprake meer is.

“We hebben een revalidatiecentrum en daar willen we een bepaalde verhouding tussen mannen en vrouwen. Die zijn niet gekwantificeerd. Op het moment dat er tien mensen werken en dat zijn acht vrouwen geworden en er vertrekt weer een man, dan hebben we een voorkeur voor een man. Of andersom.

Interviewer: En dat is omdat een gemengd team prettiger werkt of omdat het voor de zorg beter is?

Dat is omdat een gemengd team beter werkt en ook wel dat dat beter is voor de zorg. Beter *matched* met de patiënten. We hebben gewoon graag gevarieerd opgebouwde teams, in leeftijd, opleiding, geslacht”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Wanneer gewerkt wordt met kinderen of jongeren speelt vaak een pedagogisch argument dat het beter is wanneer zij zowel met mannen als met vrouwen te maken krijgen. Om die reden hanteren de meeste instellingen waar kinderen of jongeren intern verblijven, of het nu gaat om een jeugdgevangenis of een schippersinternaat, een bepaalde getalsmatige ideale verdeling van pedagogische medewerkers binnen een team. In veel gevallen streeft men naar een 50-50 verdeling. Dit is overigens maar zelden ook de werkelijke verdeling. Minimaal streeft men naar ten minste één man bij elke groep.

“Uitgangspunt is 50-50, maar zo luxe hebben we het niet kunnen invullen.

Minimaal hebben we op elke groep een man zitten. De situatie nu is: het is ons niet gelukt in twee teams de gewenste situatie te krijgen, nee in drie teams zelfs.

Daar werken dus één man en drie vrouwen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“De samenstelling van het personeel op de groepen [residentiële jeugdhulpverlening, Th] willen we eigenlijk qua mannen en vrouwen gelijk hebben. Omdat je in de groep ook een soort gezin nabootst. Het is natuurlijk anders dan een gezin, maar je probeert zoveel mogelijk dat op een gezin te laten lijken. En dan is het ook goed dat er zowel mannen als vrouwen werken. Omdat mannen toch een andere invloed hebben. En naast mannen en vrouwen willen we dat ook qua autochtoon en allochtoon personeel zo goed mogelijk verdeeld hebben. (...). Maar goed, in de praktijk is dat gewoon heel moeilijk want er zijn gewoon niet zoveel mannen die dit vak ingaan. (...) Bij veel vacatures hebben eigenlijk mannen de voorkeur en dat geldt ook voor allochtone medewerkers en dus zeker voor allochtone mannen. Maar goed, bij ons gaat wel de kwaliteit voor. Wij willen in eerste instantie een goede medewerker en als we dan de keus hebben uit een man en een vrouw en een allochtoon en een autochtoon, dan is onze keuze duidelijk. Maar ja, kunnen we geen goede man vinden dan liever een goede vrouw dan een minder goede man”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Binnen het peuterwerk en de kinderopvang wordt een inbreng van mannen vaak wel belangrijk gevonden maar blijkt dit ideaal in de praktijk niet realiseerbaar.

“Kijk, ik denk dat het op zich vanuit pedagogisch oogpunt heel goed zou zijn als in de kinderopvang meer mannen werken. Ook dat je kinderen toch duidelijk laat zien dat zorg niet alleen door vrouwen verricht wordt, uit emancipatorisch oogpunt. Alleen, we krijgen het niet voor elkaar. En je wens om het team gevarieerd te maken, ja die wens hebben we, maar het lukt helaas niet”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Twee arbeidsbemiddelaars hebben de ervaring dat er in reformatische regio's bedrijven zijn waar vrouwen niet welkom zijn in alle functies. Beide respondenten kunnen zich hier in het geheel niet vinden.

6.3.5 *Intieme levenssfeer*

Nauw verbonden met de kenmerken van de doelgroep is een voorkeur voor een hulp- of dienstverlener van hetzelfde geslacht als de klant of patiënt wanneer de aard van de werkzaamheden met zich meebrengt dat de intieme levenssfeer van de klant of patiënt wordt betreden. Dit kan zich voordoen wanneer iemand moet worden geholpen bij de persoonlijke verzorging of wanneer klant of patiënt (gedeeltelijk) naakt is. In dergelijke situaties kan sprake zijn van schaamtegevoelens bij de klant of patiënt. Dit is het geval bij werkzaamheden als screenen op borstkanker, verzorging en verpleging, urinecontrole op alcoholgebruik, verloskundige hulp of hulp bij het vinden van een passend korset of lingerie. Het kan ook aan de orde zijn wanneer hulp wordt geboden aan jongensprostituees of slachtoffers van seksueel misbruik. Uit de interviews komt naar voren dat geenszins in alle bovenomschre-

ven situaties volgens de respondenten sprake is van geslachtsgebonden beroepsactiviteiten.

De meeste arbeidsbemiddelaars hebben nooit te maken met een dergelijke voorkeur. De verzorging en verpleging van patiënten en bewoners thuis en in een verpleeghuis of ziekenhuis vindt hoofdzakelijk plaats door vrouwen. Volgens de geïnterviewde personeelsfunctionarissen levert dit zelden problemen op. Van een sterke wens bij mannelijke patiënten of bewoners om door een man geholpen te worden is volgens hen geen sprake. Bewoners en patiënten zouden het vanzelfsprekend vinden door een vrouw te worden geholpen. Dat neemt niet weg dat wellicht sommige mannen het prettig zouden vinden door een man te worden geholpen. Andersom verwachten veel respondenten eerder problemen: sommige vrouwen zullen er moeite mee hebben om geholpen te worden door een man. Gezien de personeelssamenstelling van de betrokken instellingen is dit een probleem dat in de praktijk zelden voorkomt en dan eventueel eenvoudig is op te lossen.

“Ik denk dat mannen over het algemeen hier, misschien wel overal, het helemaal geen punt vinden dat ze door een vrouw verzorgd worden omdat dat gewoon bij verzorging hoort. Andersom is het soms misschien wel, als men de keuze zou hebben dan zou een vrouw toch liever door een vrouw gewassen of verzorgd worden. Maar er is er hier nog nooit een discussie of een halszaak geweest daarover, nee”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Bij sommige functies kan het zich voordoen dat een medewerker te maken krijgt met de intieme levenssfeer van een klant of bewoner terwijl dit niet de dagelijkse werkzaamheden betreft. Dan kan doorverwijzing van die gevallen een oplossing bieden.

“Ik zit te denken aan incest, die je bijvoorbeeld in het peuterwerk ontdekt. Dat komt natuurlijk wel voor. Maar daar is het wijknetwerk voor om het daar aan de orde te stellen en dan komt het dus bij een vertrouwensarts. Dus het wordt aangekaart en het wordt vervolgens overgedragen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

We hebben de respondenten gevraagd of ze een voorkeur voor een vrouw geoorloofd vinden voor een tweetal functies: medewerker in een korsettenwinkel en verloskundige. Ruim de helft van de respondenten vindt dat een korsettenwinkel uitsluitend vrouwelijk personeel mag aanstellen. Daarentegen vinden slechts drie respondenten dat een verloskundige praktijk een mannelijke verloskundige mag weigeren.

“Als ik naar mezelf kijk en ik zou een man aantreffen op de lingerieafdeling, dan denk ik ‘bah’. Ja, dan moet er een vrouw staan. Want ik denk dat je anders problemen krijgt met je klanten. Vrouwen zullen zeggen: ik laat me geen beha aanmeten door een man. (...). Een verloskundige praktijk mag een mannelijk verloskundige niet weigeren. Want die korsettenwinkel, dan denk ik echt als je daar een man neerzet en die

zegt: Kan ik u helpen? Dan zeg ik: Nee, doe maar niet. Terwijl ik bij verloskundige zoiets heb, hij is kundig, hij zal het wel kunnen, dus is het goed. Een gynaecoloog als man is ook niet vreemd, of een huisarts of zo”. (arbeidsbemiddelaar)

“Interviewer: Vindt u dat een korsettenwinkel uitsluitend vrouwelijk personeel mag aantrekken?

Ja, ik denk dat dat eigenlijk wel moet kunnen ja. Ja, ik denk dat er minder klanten zullen komen als er mannen werken. (...).

Interviewer: Vindt u dat een verloskundige praktijk een mannelijke verloskundige mag weigeren?

Ik zou eigenlijk nee zeggen en toen dacht ik: waarom heb ik eigenlijk bij die korsettenwinkel ja gezegd (lachend). O, dat is moeilijk. Ik vind eigenlijk in het algemeen dat alle functies door mannen en vrouwen uitgeoefend moeten kunnen worden en ook door allochtonen en autochtonen, gewoon door iedereen.

Maar als er echt hele belangrijke redenen zijn ... Ik vind het heel moeilijk. Ja eigenlijk vind ik het dan nog eerder als verloskundige dan de korsettenwinkel als ik er nu over nadenk”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Het ligt een beetje aan de grootte van de zaak. Als je een klein zaakje hebt met één verkoper, dan zou dat mensen buiten de deur kunnen houden. Maar ik kan me in deze tijd best voorstellen dat je ook wel een man zou kunnen hebben. Als ik kijk, een orthopedische winkel. Of die nou schoenen moet aanmeten of een korset, als hij kundig is kan het net zo goed een man als een vrouw zijn. Maar als ze ook een afdeling hebben waar vrouwen met borstkanker een prothese aangelegd krijgen, dan kan ik me wel weer voorstellen dat die vrouw zegt: ik wil liever door een vrouw worden geholpen. Maar dat je dan kunt kiezen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Een aantal factoren lijkt hier een rol te spelen:

- De mate van vrijwilligheid en keuze van de klant of patiënt. Naarmate die groter is, is het van meer belang serieus rekening te houden met wensen en weerstanden van klanten en patiënten omdat ze anders wegblijven. Vooral in de gezondheidszorg is een sterke filosofie die er van uitgaat dat patiënten blij moeten zijn met goede medische behandeling en verzorging en verder geen noten op hun zang moeten hebben.
- De mate van specialistische kennis en de waardering daarvan: naarmate meer sprake is van hoog gewaardeerde specialistische professionele kennis en ervaring speelt het geslacht een minder grote rol. Een eventuele voorkeur voor een bepaald geslacht wordt ‘overruled’ door professionele status.
- Gewenning en gebruik: wanneer een bepaald beroep wordt gemonopoliseerd door personen van een bepaald geslacht wordt dit al gauw als wenselijk en vanzelfsprekend gezien. Van de kant van de arbeidsorganisaties speelt hier ook het aanbod op de arbeidsmarkt een rol: het heeft geen zin om irreële wensen te formuleren en na te streven en dat doen de personeelsfunctionarissen dan ook niet.

6.3.6 Bescherming privé-leven

Aan bovengenoemde drie factoren kan nog een vierde factor worden toegevoegd: de mate waarin de werkzaamheden plaatsvinden in de thuissituatie van cliënten. De lastige situaties die zich kunnen voordoen bij beroepsactiviteiten die maken dat de hulp- of zorgverlener de intieme levenssfeer van de klant of patiënt raakt, zouden kunnen worden gezien als een inbreuk op de privacy van mensen. De respondenten praten er niet in deze termen over. Dit zou extra het geval kunnen zijn in situaties bij mensen in hun eigen huis. Thuiszorgorganisaties zijn van oordeel dat het gaat om professionele zorg en dat het geslacht er dan niet toe doet. Soms proberen ze waar mogelijk rekening te houden met wensen of weerstanden van klanten.

We hebben alle respondenten gevraagd of ze vinden dat een privé-persoon een man mag weigeren als kinderoppas of als werkster. Iets minder dan de helft vindt dat dat mag, terwijl een ruime helft vindt dat het niet mag. Vooral arbeidsbemiddelaars zijn van mening dat dit niet mag. Degenen die vinden dat ook een privé-persoon zich moet houden aan gelijke behandeling geven doorgaans geen motivering voor hun standpunt. Degenen die van oordeel zijn dat een privé-persoon bij voorkeur een vrouw mag zoeken als kinderoppas of als werkster, motiveren dit doorgaans door te wijzen op de privé-situatie waarin ieder mens naar eigen inzicht in vrijheid moet kunnen handelen.

“Dat is iemands eigen keus. Dat zijn van die subjectieve zaken, dat kun je mensen niet aanpraten”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Nou, weigeren is een groot woord. De voorkeur mag wel worden uitgesproken. Je moet niet alles in de wet vastleggen. Sommige dingen mogen mensen gewoon zelf weten. Dit is zo privé”. (arbeidsbemiddelaar)

“Tja, dat is een lastige. Ik denk van wel. Ik vind als instelling dat je dat niet mag, maar als privé-persoon thuis ... dan komt er iets om de hoek kijken, van, ja dat moet je toch zelf bepalen. Dan komt het toch heel dicht bij je”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Nee, eigenlijk niet”. (arbeidsbemiddelaar)

“Nee, maar het gebeurt. Ik heb het bij de hand gehad. Een advocatenstel zocht een oppas voor de kinderen. En ik had een man voorgesteld, maar die wilden ze liever niet. Dat werd niet met zoveel woorden gezegd. Ze wisten natuurlijk ook wel dat dat niet mocht, tenslotte beide advocaten. Maar ik heb wel sterk de indruk dat de reden voor afwijzing te maken had met het geslacht”. (arbeidsbemiddelaar)

“Ja, dat heb ik onlangs nog gedaan. Toen belde ik en toen zei die vrouw: vindt u het goed dat mijn man komt poetsen? En toen zei ik: nee. [gelach] Maar als het water me tot hier zit en ik geen uitweg meer weet, dan bel ik die mevrouw en zeg: stuur me je kerel maar ...”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

6.3.7 *Bescherming tegen seksuele avances*

Verwant aan het argument van de bescherming van de intieme levenssfeer en de privacy is het argument dat bepaalde werkzaamheden door iemand van een bepaald geslacht dienen te worden uitgevoerd om zowel personeel als klant of patiënt te beschermen tegen de risico's van seksuele intimiteit. Binnen de residentiële jeugdhulpverlening zijn enkele beroepsactiviteiten in dit verband relevant. Het gaat om controle op gebruik en aanwezigheid van drugs, om het naar bed brengen van jongeren en om wassen, aankleden en uitkleden. Het gaat hier niet alleen om mogelijke schaamtegevoelens bij de betreffende jongere, maar ook – en soms vooral – om situaties die als riskant worden beoordeeld met het oog op seksualiteit. Instellingen streven ernaar zowel personeel als jongeren te beschermen tegen seksuele avances en beschuldigingen op dit terrein. Doorgaans hebben de instellingen gedragsregels opgesteld met de bedoeling problemen op dit vlak te vermijden. Zo is vaak een regel dat een medewerker nooit alleen met een jongere op diens kamer is.

“Jongeren worden gewoon naar bed gebracht. Dan kom je toch voor medewerkers zelf in een risicogebied. Breng je als man bijvoorbeeld een meisje naar haar kamer en doe je dat alleen dan loop je risico en dat proberen wij zoveel mogelijk in te perken. (...) Door met minimaal twee medewerkers jongeren naar bed te brengen. Of het nou twee mannen zijn of twee vrouwen, dat maakt niet uit. Maar door er voor te zorgen dat je nooit alleen in zulke situaties komt.

Op de oudere jongerengroepen, waar natuurlijk ook van drugsgebruik sprake is, hebben we urinecontroles. Dan moet er in het potje geplast worden waarbij de medewerker moet kijken dat het gebeurt. Ook dat zijn gevaarlijke situaties waarbij je er altijd voor moet zorgen dat je er niet alleen voor staat”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Wij hebben hier een streng alcohol- en drugsbeleid. We doen urinecontroles. En dan moeten jongens plassen onder toezicht van beveiligingsmensen. Bij binnenkomst is die visitatie er ook. Dat is standaard. En daar komt geen vrouw bij”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Soms zijn er ook regels over het niet naakt op de gang lopen. Dat soort ongemakkelijke of risicovolle situaties kan worden vermeden door een douche op de kamer.

Bovendien zeiden enkele respondenten dat soms bij voorkeur een man naar een klant of cliënt wordt gestuurd omdat een vrouw het risico loopt te worden lastiggevallen. Het betreft hier met name werk in het huis van de klant of cliënt.

“Dat was een soort helpdeskmedewerker. (...) Het was een functie waarbij je ook bij mensen thuis komt, privé. En daar hebben ze een keer een nare ervaring gehad met een vrouw die bij iemand thuis kwam die werd lastiggevallen door een mannelijke klant. Daardoor hadden ze gezegd dat ze een man wilden. Ik heb een man en een vrouw voorgesteld. Beiden zijn op gesprek geweest. Het bedrijf wilde gewoon zien wat voor persoon het is. Maar koos toch voor de man. De vrouw begreep het wel”. (arbeidsbemiddelaar)

Sommige respondenten van organisaties in de thuiszorg of met gezinsinterventieprojecten zeggen nadrukkelijk dat wanneer een situatie voor een vrouw niet veilig is, de klant moet worden geweigerd.

6.3.8 *Flexibiliteit*

In de interviews is nagegaan in hoeverre gezinsverantwoordelijkheid van vrouwen hen tot minder aantrekkelijke werknemers maakt in de ogen van personeelsfunctionarissen, arbeidsbemiddelaars en leidinggevend.

Gevraagd is of in de sollicitatieprocedure wordt geïnformeerd naar privé-omstandigheden van de sollicitant. Een grote meerderheid (25 van de 35) geeft aan niet standaard naar privé-omstandigheden te vragen. Daar liggen verschillende redenen aan ten grondslag. Sommige respondenten hoeven er niet naar te vragen omdat sollicitanten zelf graag vertellen over hun privé-omstandigheden. Anderen vinden het niet gepast ernaar te vragen en geven er de voorkeur aan de sollicitant goed uit te leggen wat van hem of haar wordt verwacht. De reacties daarop geven ook inzicht in de mate van flexibiliteit van de sollicitant. En weer anderen vinden de vraag naar privé-omstandigheden niet relevant omdat men ervan uit gaat dat sollicitanten het aantal uren en tijden die in de advertentie worden gevraagd, dan wel die de sollicitanten opgeven bij de arbeidsbemiddelaars, ook beschikbaar zijn.

“Kijk, als mensen solliciteren op een fulltime baan, dat is momenteel 36 uur, dan gaan wij ervan uit dat daar over is nagedacht van tevoren. Ook onregelmatige werktijden zijn vooraf duidelijk en daar solliciteren mensen dus ook op”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Bij een intake zullen we niet vragen als iemand aangeeft te willen werken en kinderen heeft, of ze dat wel voor elkaar krijgen. Mensen zijn volwassen genoeg om dat te regelen”. (arbeidsbemiddelaar)

Vijf personeelsfunctionarissen vragen expliciet wel naar privé-omstandigheden. Voor hen geldt dat het van belang is te weten hoe de opvang van eventuele kinderen is geregeld, omdat men te maken heeft met onregelmatige werktijden.

“Maar wel of ze kinderen hebben en hoe ze denken de opvang te gaan doen. In het verleden vroegen we dat niet en dan bleek vaak als het eenmaal begonnen was dat dat tot allemaal problemen leidde en daarna gewoon stopte. En om dat een beetje voor te zijn vragen we daar gewoon naar. Mensen beseffen vaak ook helemaal niet wat dat inhoudt. Ze weten dan wel dat het onregelmatige diensten zijn maar ze beseffen vaak niet hoe dat in de praktijk er uit ziet”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Over het algemeen vinden de respondenten niet dat vrouwen met kinderen vaker uitvallen vanwege hun gezinsverantwoordelijkheid, dan vrouwen en mannen in het algemeen. Niet systematisch is onderzocht of vragen over de privé-situatie ook aan mannen met kinderen worden gesteld. Respondenten die hier wel naar is gevraagd

geven verschillende antwoorden. Als het gaat om een parttime functie, wordt mannen gevraagd naar de reden waarom zij niet fulltime willen werken. Het combineren van werk met gezinsverantwoordelijkheden wordt volgens twee arbeidsbemiddelaars nog niet volledig geaccepteerd. Daarentegen signaleert een andere arbeidsbemiddelaar juist op dat punt een trend, namelijk dat ook steeds meer mannen een balans zoeken tussen werk en privé. Twee personeelsfunctionarissen melden dat mannen wel gevraagd wordt naar privé-omstandigheden en opvangregelingen van eventuele kinderen.

Enkelen wijzen erop dat een dubbele belasting door een baan en een huishouden tot problemen kan leiden, waarbij ook aangegeven wordt dat de rol en mening van de partner van belang zijn. In de thuiszorg en residentiële jeugdhulpverlening wijzen enkelen erop dat het werk veel overeenkomsten vertoont met de werkzaamheden thuis, hetgeen extra belastend kan zijn.

Wat duidelijk uit de interviews naar voren komt is dat vrouwen met kinderen vaak parttime willen werken en die uren minder flexibel kunnen invullen. Volgens alle personeelsfunctionarissen en de overgrote meerderheid van de arbeidsbemiddelaars leidt dit gegeven bij instellingen of bedrijven niet tot een voorkeur voor een man, maar willen deze vrouwen zelf niet alle (fulltime) functies of diensten (meer) vervullen. Het is niet de werkgever die voorkeuren heeft, maar de werknemer die beperkingen met zich meebrengt. De meeste respondenten (28) vinden dat een werkgever voor een functie een fulltimer mag vragen, slechts 6 respondenten vinden dat in principe de omvang van een functie bespreekbaar moet zijn.

Vijf instellingen met hoofdzakelijk vrouwelijke werknemers en twee arbeidsbemiddelaars die voornamelijk vrouwen bemiddelen, geven aan op deze wensen van vrouwen met kinderen in te spelen. Door parttime werken mogelijk te maken, door bij het inroosteren zoveel mogelijk met iedereen rekening te houden, of door duobanen te stimuleren en te begeleiden.

Slechts drie arbeidsbemiddelaars geven aan dat sommige werkgevers (voor bepaalde functies) liever geen vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid in dienst nemen, omdat zij het gezin vóór het werk zullen laten gaan.

“Gewoon net een stap hoger, je merkt bij de echt hoger kader functies, en dan heb ik het over directiefuncties, staat men niet snel open voor een vrouw. Omdat er dan toch vaak gezegd wordt: ze heeft een kind of een gezin (...). Maar echte carrièrevrouwen willen gewoon 40 uur werken, dat is voor hen geen enkel probleem (...). Ook voor vrouwen zonder kinderen is het moeilijk. Toch een bepaald vooroordeel. Kunnen aan kinderen beginnen. En als je dan weer dames hebt op een bepaalde leeftijd, ik noem maar wat vanaf 45, dan worden ze weer gezien als te oud. Maar dat is ook bij de heren, hoor”. (arbeidsbemiddelaar)

De conclusie is dat vrouwen met kinderen minder flexibel zijn, maar dat dit volgens de respondenten geen argument mag zijn om bij voorkeur mannen aan te stellen. Slechts vier respondenten geven aan dat ze dat argument wel valide vinden, maar uit de toelichting valt op te maken dat zij vinden dat flexibiliteit een functie-

eis mag zijn die een werkgever aan een werknemer m/v kan stellen. Men bedoelt niet dat een bepaalde beroepsactiviteit niet voor vrouwen toegankelijk is omdat zij in het algemeen niet flexibel zijn.

Over het algemeen wordt niet gevraagd naar zwangerschap of kindwens van de sollicitant. Zeven geïnterviewden merken op dat dat ook niet mag. Bij uitzondering probeert een organisatie vrouwen die binnenkort kinderen willen krijgen buiten de deur te houden.

Twaalf respondenten hebben een sollicitant die zwanger is meegemaakt. Zeven respondenten geven aan dat de zwangere sollicitant ondanks de zwangerschap werd aangenomen omdat zij de meest geschikte kandidaat was. Vijf geven aan dat de kandidaat niet direct in dienst genomen werd, of geen vaste baan kreeg, omdat de vrouw door het verlof meteen een tijd niet beschikbaar is.

Verder heeft een aantal respondenten meegemaakt dat pas na aanstelling bleek dat de werknemster zwanger was en dan reageert men verschillend. Voor sommigen maakt het niet uit en telt de kwaliteit van de medewerkster, anderen zouden er meer moeite mee hebben om iemand aan te stellen die zwanger is, omdat de vrouw na het inwerken meteen een hele tijd met verlof is en de kans aanwezig is dat zij na het verlof parttime terug wil komen. Dezelfde verdeeldheid komt terug in antwoorden op de vraag wat men zou doen als men een zwangere sollicitant zou krijgen.

Een medewerkster die al in dienst is of al langer voor de arbeidsbemiddelaar werkt, en die zwanger wordt, is in het algemeen geen probleem. Meestal komen we antwoorden tegen in de trant van: 'dat hoort er gewoon bij'. Slechts bij uitzondering is zwangerschap nadelig voor de vrouw en wordt het contract onderbroken of gaat een project aan haar neus voorbij en kiest de organisatie voor dat project een man.

6.3.9 Bescherming van vrouwen

Een voorkeur voor een man met het argument dat de desbetreffende beroepsactiviteiten voor een vrouw te grote risico's met zich meebrengen zijn we in de interviews slechts twee keer tegengekomen. Een chemisch bedrijf wil om deze reden uitsluitend mannelijk personeel.

"Ik had een klant, een chemisch bedrijf. En daar werd expliciet alleen om mannen gevraagd omdat daar met stoffen gewerkt werd die schadelijk zouden kunnen zijn voor de vruchtbaarheid van de vrouw. Dat was ook bewezen. En bij mannen was dat effect er niet. Dus echt alleen mannen. En dat mag volgens mij ook". (arbeidsbemiddelaar)

In het internationale transport werken geen vrouwelijke chauffeurs aldus een arbeidsbemiddelaar, omdat vrouwen dat niet zouden durven.

"Bij internationale transportbedrijven zitten gewoon heel weinig vrouwen, ook in hun eigen personeelsbestand. Ik heb geen flauw benul wat het percentage is,

maar volgens mij 0,00. Stel, je staat langs de kant van de weg in een vreemd land en je moet even een wiel verwisselen. Nou ik zou het niet willen hoor. Of 's nachts op een parkeerplaats langs de snelweg in Frankrijk. Ik zou het niet durven en dat zal met veel dames het geval zijn. En mannen die zijn daar ... ja, waarschijnlijk een vooroordeel hoor, maar internationaal is echt een mannenwereld. Ik ken echt geen vrouwen die internationaal rijden.

Interviewer: En in touringcarbussen?

Daar wel wat meer. Die rijden met z'n tweeën, dan zullen ze nooit twee vrouwen neerzetten denk ik, maar altijd een man en een vrouw". (arbeidsbemiddelaar)

Driekwart van de respondenten vindt dat een voorkeur voor een man teneinde vrouwen te beschermen tegen gezondheidsrisico's bijvoorbeeld doordat met gevaarlijke stoffen gewerkt wordt, verboden zou moeten zijn. Vooral een aantal arbeidsbemiddelaars is wel bereid een dergelijk argument te accepteren in bepaalde gevallen. Een veel voorkomende reactie is:

"Of je nu een man of een vrouw bent, het is even gevaarlijk. Dus ik denk niet dat je daar specifiek mannen voor mag vragen". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

"Bestrijdingsmiddelen zijn niet goed voor vrouwen, maar ook niet voor mannen. Dus daar is geen verschil. Nee, ik weet geen risico dat vrouwen lopen en mannen niet. Misschien wel als een vrouw zwanger is. Dat heb ik laatst wel gehad. Die vrouw is toen voor 50% in de ziektewet gegaan. Maar dat vind ik normaal". (arbeidsbemiddelaar)

"Ik vind dat een vrouw er wel op gewezen moet worden, maar als een vrouw zegt dat risico wil ik wel nemen. Ik vind het eigenlijk een beetje betuttelend". (arbeidsbemiddelaar)

Driekwart van de respondenten vindt desgevraagd dat een voorkeur voor een man omdat het gaat om nachtarbeid niet moet zijn toegestaan.

"Nou, dat vind ik nergens op slaan. Dat maakt niet uit". (arbeidsbemiddelaar)

"Het is niet de werkgever die dat bepaalt. Dat bepaalt de vrouw zelf of ze 's nachts wil werken". (arbeidsbemiddelaar)

"Ik vind dat mensen daar vrij in moeten zijn, moet mogen. Als je dat als werkgever graag wilt. Ja, ik vind eigenlijk dat je dat moet mogen ja". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

6.3.10 Artiesten en modellen

Met toneelspelers, modellen, zangers en dergelijke artistieke beroepen hebben de respondenten in hun werk geen ervaring. Het is dan ook een onderwerp waar de meeste respondenten voor het interview weinig over hebben nagedacht en geen uit-

gesproken mening over hebben. Bijna driekwart zegt dat een voorkeur voor een man of een vrouw bij dergelijke beroepen wel moet zijn toegestaan. Ze wijzen daarbij vooral op het feit dat een bepaalde rol moet worden vervuld en dat die rol kan zijn gekoppeld aan een bepaald geslacht.

“Ja, als ze een mannelijke rol hebben dan kun je geen vrouw sturen. Nou ja, wie weet. Maar je werkt met verschillende rollen en ik denk dat dat zichzelf oplost. Maar goed, als je een jongleur zoekt, dan maakt het niet uit. Daar mag geen voorkeur voor een man of een vrouw zijn. Als iemand goed is, moet diegene het ook worden”. (arbeidsbemiddelaar)

Het is overigens de vraag in hoeverre degenen die zeggen dat ook bij dergelijke beroepen een voorkeur verboden zou moeten zijn dit standpunt zouden volhouden wanneer er concrete functies aan de orde zijn. Dit is waarschijnlijk gedeeltelijk een sociaal wenselijk antwoord dat spontaan is gegeven.

Op de vraag in hoeverre bij dergelijke artistieke beroepen ook uiterlijke kenmerken een rol mogen spelen, bijvoorbeeld of men een Afrikaans fotomodel mag zoeken, zegt ruim de helft dat dit moet mogen.

“Ik kan me voorstellen, bij toneelspelers, Engeland in de middeleeuwen, moeilijk een zwarte toneelspeelster”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Een aantal respondenten merkt op dat juist uiterlijke kenmerken een riskant criterium zijn dat gemakkelijk misbruikt kan worden.

“Uiterlijke kenmerken, ik vind niet dat dat mag. Want het is veel makkelijker na te doen. Ik bedoel zoveel kleuren haar, is zo te veranderen. Ik denk niet dat dat verboden is, maar ik vind niet dat het mag”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

6.3.11 Werkzaamheden in het buitenland

Met werkzaamheden die in het buitenland worden verricht hebben de meeste respondenten niet te maken. Sommige organisaties hebben bij uitzondering een project in het buitenland, dan gaat het vrijwel altijd om een Europees land waar op het punt van de arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen niet erg van Nederland afwijkende ideeën bestaan.

“We hebben nu net een functie binnengekregen voor een bedrijf, daar is het gebied Azië, Midden Oosten en Afrika. Daar is het als vrouw gewoon moeilijker om te reizen. Dus daar zal toch sneller gekozen worden voor een man”. (arbeidsbemiddelaar)

Op de vraag of een bedrijf voor een functie in de Arabische wereld een man mag zoeken, omdat een vrouw daar die werkzaamheden niet mag verrichten, antwoorden vier van de vijf respondenten bevestigend. Doorgaans wordt dan gewezen op

de andere regels die daar gelden en op het feit dat een vrouw in een dergelijk land ook geen leven zou hebben.

“Als men in het buitenland vraagt om een man, dan accepteert een Nederlands bedrijf dat. Sommige landen zijn daar heel streng in. Ik weet niet of dat te veranderen is. Ook al heb je een vrouw die net zo goed is als de man. Het is niet realistisch om een ander land dat op te leggen”. (arbeidsbemiddelaar)

“We moeten ons aanpassen. Daar zijn we niet consequent in zelf. Want als je zegt: we moeten ons aanpassen daar, dan zou dat andersom ook moeten”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Daar zit iets dubbels in. Aan de ene kant zeg je: je moet mannen en vrouwen gelijke kansen bieden en daar ben ik groot voorstander van. Aan de andere kant moet je ook aan de bescherming van mannen en vrouwen zelf denken. Op het moment dat wij een project in Koeweit zouden hebben en daar zouden alleen maar mannen zitten en ik heb een vrouw die daarin geïnteresseerd is, zou je haar dan in bescherming mogen nemen? Ook nog een risico dat je dan loopt. Ik kan me voorstellen dat je mensen daarvan uitsluit voor hun eigen veiligheid. Ik kan me voorstellen dat je daar in een geval voor kiest”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

6.3.12 Kerkelijke functie

Opmerkelijk is dat 26 van de 30 respondenten van mening zijn dat uitsluiting van vrouwen of mannen uit een kerkelijke functie verboden zou moeten zijn. Het is overigens de vraag in hoeverre alle respondenten bij dit standpunt zouden blijven wanneer de respondenten zou zijn gevraagd of zij van oordeel zijn dat de overheid dient te bepalen wie de kerk wel of niet mag toelaten tot bepaalde kerkelijke ambten.

“Daar heb ik me altijd zo over verbaasd”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

“Moet gewoon gelijkwaardig zijn”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Enkelen zeggen dat ze hierover geen oordeel hebben of dat de kerkelijke opvattingen op dit punt de doorslag geven.

“Dat is afhankelijk van wat de kerk zegt. Als in een moskee een imam alleen een man mag zijn, wie ben ik dan om te wensen dat het een vrouw gaat worden”. (arbeidsbemiddelaar)

6.3.13 Meest gebruikte en geaccepteerde argumenten: voorlopige conclusie

Het meest gebruikte en ook algemeen geaccepteerde argument om bij de vervulling van een bepaalde vacature een voorkeur voor een man dan wel een vrouw te heb-

ben is de samenstelling van het team. Doorgaans wordt gestreefd naar een zeker evenwicht tussen mannen en vrouwen in een bepaald team of op een bepaalde afdeling. De reden hiervoor is dat wordt aangenomen dat mannen en vrouwen verschillen in hun werkwijze of manier van optreden. In sommige gevallen wordt hierbij ook gerefereerd aan de aard van de werkzaamheden. Het gevolg van deze opvatting is dat in de praktijk bij de vervulling van veel vacatures een lichte of sterke voorkeur bestaat voor een persoon met een bepaald geslacht.

Kenmerken van de doelgroep of klanten kunnen ertoe leiden dat bepaalde werkzaamheden geslachtsbepaald worden gevonden. Dit doet zich met name voor in organisaties voor jeugdhulpverlening en welzijnswerk. Overigens zijn de meningen soms verdeeld over de vraag welk geslacht bij een bepaalde beroepsactiviteit de voorkeur verdient. De meeste respondenten vinden dat de wensen van klanten of doelgroep niet doorslaggevend behoren te zijn bij de keuze van personeel.

Het feit dat bepaalde werkzaamheden lichamelijk zwaar zijn, wordt regelmatig als argument naar voren gebracht om aan een man de voorkeur te geven. Dit argument is redelijk geaccepteerd. Veel respondenten verstaan onder 'lichamelijke redenen' vooral fysieke kracht en geven hiermee een andere inhoud aan dit begrip dan de geaccepteerde juridische interpretatie. Opmerkelijk is dat dit argument niet naar voren komt bij functies in de zorgsector die traditioneel worden beschouwd als vrouwenwerk. Het tillen van personen is kennelijk minder belastend dan het tillen van dingen. Bovendien lijkt voor het tilwerk in de zorg met technische middelen geprobeerd het werk te verlichten, terwijl van een dergelijke investering kennelijk bij andere lichamelijk belastende werkzaamheden minder sprake is. Doordat zorgfuncties traditioneel door vrouwen worden vervuld is uit pure noodzaak naar andere oplossingen gezocht.

Voor de respondenten blijkt het argument dat werkzaamheden raken aan de intieme levenssfeer van patiënt of klant geen grote rol te spelen. Dat geldt ook in zorginstellingen. Een voorkeur voor een man wordt zelden beargumenteerd met een beroep op de tekortschietende flexibiliteit van vrouwen of een noodzaak vrouwen tegen bepaalde risico's te beschermen. De meeste respondenten vinden dergelijke argumenten onacceptabel. Deze argumenten zijn anno 2001 niet meer gangbaar.

Uit de interviews blijkt bovendien dat een expliciet voorkeursbeleid bij de meeste organisaties ontbreekt en derhalve geen rol van betekenis speelt bij de werving en selectie van personeel.

6.4 Allochtonen

In de voorgaande paragraaf zijn specifieke argumenten behandeld die ten grondslag kunnen liggen aan de voorkeur voor een man of een vrouw bij het vervullen van een vacature. In deze paragraaf komen een aantal meer algemene vragen aan de orde met betrekking tot de positie van allochtonen.

Het onderzoek richt zich op de bestaande praktijk en opvattingen over beroepsactiviteiten waarbij het geslacht bepalend is. Echter, het is denkbaar dat be-

halve een man of vrouw ook een allochtoon of autochtoon de voorkeur heeft. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre er sprake is van samenloop van een voorkeur voor een bepaald geslacht met een voorkeur voor een bepaalde etnische herkomst. Is sprake van een voorkeur voor een autochtone man of vrouw dan wel voor een allochtone man of vrouw?

Bovendien komt aan de orde of het al dan niet wordt toestaan dat vrouwen (voornamelijk allochtone islamitische vrouwen) op het werk een hoofddoekje dragen. Tevens wordt ingegaan op weerstanden van cliënten en patiënten tegen allochtone personeelsleden.

Allochtone medewerkers vormen binnen de ondervraagde organisaties een grote minderheid. Maar liefst negentien respondenten geven aan dat zij slechts één of enkele allochtonen in dienst hebben of bemiddelen. Hierbij is geen verschil waar te nemen in regio of opleidingsniveau van de meest voorkomende functies. Hiertegenover staan drie bemiddelaars die 'veel' allochtonen bemiddelen; twee van hen zijn werkzaam bij een bureau dat zich speciaal richt op allochtonen en de derde bemiddelt voornamelijk industriepersoneel. Slecht één personeelsfunctionaris is werkzaam bij een organisatie die veel allochtonen in dienst heeft ('veel' is dan 50% of meer van het personeelsbestand). Dit zijn uitsluitend organisaties in de Randstad; het betreft functies op alle niveaus.

In vier gevallen bestaat 15 tot 25% van het personeelsbestand uit allochtonen en eveneens in vier gevallen heeft men in het geheel geen allochtonen in dienst of bemiddeld.

Overigens zijn de vragen over allochtone personeelsleden op verzoek van de opdrachtgever aan het onderzoek toegevoegd op een moment dat reeds drie interviews gedaan waren. Van hen ontbreken gegevens hieromtrent.

6.4.1 Samenloop

Het samenvallen van een voorkeur voor geslacht en etnische herkomst hebben wij slechts in een paar gevallen geconstateerd. Zoals reeds in paragraaf 6.3.4 aan de orde is gekomen, worden met name allochtone doelgroepen of klanten als reden genoemd om een bepaalde beroepsactiviteit bij voorkeur door een vrouw of een man te laten vervullen. In die gevallen heeft men bovendien soms een voorkeur voor een allochtone man of vrouw.

Enerzijds zijn er respondenten die voor het werken met een allochtone doelgroep een allochtone man of vrouw selecteren. De opvattingen hierover zijn niet eensluidend. In het algemeen lijkt men van mening dat allochtone jongens of mannen het beste begeleid kunnen worden door een allochtone man, en allochtone meiden of vrouwen het beste door een allochtone vrouw. Een autochtone vrouw kan een allochtone man vervangen, maar door cultuurverschillen kan een allochtone vrouw dat niet: dat zou de allochtone doelgroep niet accepteren. In het verlengde hiervan merkt een respondent overigens op dat zij gemerkt heeft dat allochtone mannen en vrouwen prima kunnen samenwerken en dat die andere cultuur onderling niet merkbaar is.

Anderzijds menen vier respondenten, overigens om uiteenlopende redenen, dat het maar de vraag is of het goed is om een allochtone doelgroep door een allochtone medewerker te laten begeleiden. De een vond dat het Nederlands van de medewerker daardoor erg achteruit ging, de tweede vond andere normen en waarden een obstakel, de derde gaf aan dat überhaupt het voldoen aan de functie-eisen voorop dient te staan en ten slotte meent de vierde respondent dat je daarmee een maatschappij in stand houdt die integratie in de weg staat.

6.4.2 *Werkneemster met hoofddoek*

Het dragen van een hoofddoek door islamitische vrouwen is in Nederland nog altijd onderwerp van discussie. Zo stelde de hoofdredacteur van het feministische maandblad *Opzij*, Ciska Dresselhuys, dat zij geen vrouw aanneemt die om religieuze redenen een hoofddoek draagt, aangezien dat hoofddoekje symbool staat voor onderdrukking van de vrouw door de man.²⁴⁴ Deze opvatting wordt niet gedeeld door onze respondenten. Op onze vraag of men vindt dat een werkgever het dragen van een hoofddoek mag verbieden reageren alle respondenten op een na, ontkennend. Enkele respondenten plaatsen daarbij de kanttekening dat een hoofddoek wel verboden mag worden met het oog op de veiligheid van de werknemer, de hygiëne of geldende kledingvoorschriften. Maar over het algemeen vinden de respondenten dat het wel of niet dragen van een hoofddoek hoogstens onderwerp van gesprek mag zijn en dat eventuele bezwaren van cliënten of collega's door voorlichting en gewenning weggenomen kunnen worden. Een werkgever heeft de keuze van de werknemer wat dat betreft te respecteren.

Bovenstaande gegevens dienen echter genuanceerd te worden. Voor nogal wat personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars is dit een tamelijk theoretische kwestie. Acht arbeidsbemiddelaars hebben nog nooit een allochtone vrouw met een hoofddoekje bemiddeld, terwijl zeven van hen dat wel eens hebben gedaan. Bij acht van de zorginstellingen is een allochtone vrouw met een hoofddoekje werkzaam terwijl dat bij vier instellingen niet het geval is. Overigens gaat het daarbij om slechts één of enkele werkneemsters met een hoofddoek en zelden of nooit om aanzienlijke aantallen. In hoeverre de verwoorde opvattingen overeenkomen met de praktijk, met andere woorden in hoeverre men in de praktijk het dragen van een hoofddoekje zonder meer accepteert of zou accepteren, is niet duidelijk. Nogal wat respondenten reageren enigszins ambivalent. Zo geven enkele respondenten aan zelf niet te begrijpen dat een vrouw een hoofddoek draagt of het niet mooi te vinden.

“Ja, dat [een werkneemster met een hoofddoek, th] leidt wel tot discussies binnen het team. En dat zijn hele leuke discussies. Ja, en het is haar keus. Het zou mijn keus nooit zijn. Ik vind dat toch een symbool van iets, maar dat is haar keus.

244 *Opzij* april 2001, p. 7.

Interviewer: Maar dat is geen reden om iemand niet aan te nemen?
Nee hoor nee. Absoluut niet". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

"Interviewer: Hoe zou u reageren als er iemand kwam solliciteren als groepsleider, wel met de goede opleiding maar met hoofddoek?

Ik weet dat die discussie bij de politie ook is. Daar hebben ze een soort bivakmuts die je met klittenband kan aftrekken. Qua veiligheid is het natuurlijk een probleem.

Ik heb begrepen dat dat moet worden toegestaan. Dus dat dat wel mag.

Interviewer: Dat is geen reden nog eens achter de oren krabben, van moeten we daaraan beginnen?

Ja, ligt aan hoeveel kandidaten heb je". (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Sommige personeelsfunctionarissen respecteren de keuze van een vrouw om een hoofddoek te dragen, vinden het ook geen reden om iemand af te wijzen, maar hebben er persoonlijk moeite mee en zullen er wel een gesprek over aangaan. Tijdens de interviews is ook gevraagd of het voorkomt dat een werkgever voor een representatieve functie liever een Nederlandse vrouw heeft. De meeste arbeidsbemiddelaars hebben enkele allochtone vrouwen in het bestand en merken bij het voorstellen van die kandidaten dat het dragen van een hoofddoekje het bemiddelen soms bemoeilijkt. Het gaat dan met name om functies waarbij contact met klanten belangrijk is en representativiteit vereist is. Anderzijds zijn er ook bedrijven en (overheids)instellingen waar het dragen van een hoofddoek absoluut geen probleem is.

"Ik merk wel bij bedrijven, aan de hand van praktijkgevallen, dames die een frontoffice functie hebben die bijvoorbeeld gesluiert zijn of een hoofddoekje dragen, dat lukt niet. Die krijg je niet geplaatst. Wij vragen wel: goh, luister je bent gesluiert of een hoofddoekje; heeft met je geloof te maken en wordt gerespecteerd maar als een bedrijf daar problemen mee heeft om wat voor reden dan ook, hoe sta je er tegenover al dan niet jezelf aan te passen. En als ze dan zeggen nee, dat doe ik niet, prima dan respecteren we dat en dan gaan we kijken wat kunnen we voor u betekenen" (arbeidsbemiddelaar)

6.4.3 Weerstand tegen allochtone hulpverlener

Respondenten is de vraag voorgelegd of een bejaardenhuis een Surinaamse bejaardenverzorgende mag afwijzen omdat de bewoners haar niet zullen accepteren. Slechts een van de respondenten meent dat men haar inderdaad mag afwijzen, omdat de respondent voorziet dat de werkneemster daar niet gelukkig wordt en teleurstelling zou willen voorkomen. De meeste respondenten vinden echter dat dit geen reden voor afwijzing mag zijn en dat het bejaardenhuis zijn bewoners moet voorlichten en moet laten wennen aan allochtone verzorgers.

Meer in het algemeen is naar voren gekomen dat de respondenten uit de zorg- en welzijnssector, op één identiteitsgebonden instelling na, zich juist alle moeite getroosten allochtonen in hun personeelsbestand op te nemen. Een enkele keer

wordt daarbij verwezen naar de Wet Samen. Arbeidsbemiddelaars zoeken niet gericht naar allochtonen, behalve twee arbeidsbemiddelaars die zich specifiek richten op allochtonen. Alle geïnterviewde arbeidsbemiddelaars benadrukken dat ze zowel autochtonen als allochtonen bemiddelen.

6.5 Kennis van en bekendheid met wetgeving en Commissie

6.5.1 Kennis van de gelijkebehandelingswetgeving

In deze paragraaf wordt nagegaan in hoeverre respondenten op de hoogte zijn van de gelijkebehandelingswetgeving en de CGB. Wat weten respondenten van de inhoud van de wetgeving? Zijn ze op de hoogte van de argumenten op basis waarvan een werkgever rechtens een voorkeur voor een mannelijke of vrouwelijke werknemer mag aangeven?

Uit eerder onderzoek²⁴⁵ blijkt de bekendheid en de kennis over gelijkebehandelingswetgeving, de CGB en haar oordelen in het algemeen gering en globaal van karakter te zijn. Uit een telefonische enquête onder personeelsfunctionarissen blijkt dat ongeveer driekwart van hen weet dat discriminatie op grond van geslacht en op grond van ras/nationaliteit verboden is. Dat onderscheid op basis van arbeidsduur, burgerlijke staat of politieke gezindheid eveneens ongeoorloofd is noemen de meeste personeelsfunctionarissen echter niet. De passieve kennis is groter. Dit blijkt wanneer de verschillende discriminatiegronden worden voorgelegd met de vraag of daarop onderscheid mag worden gemaakt in de arbeidssituatie. Meer dan 80% weet dan dat onderscheid verboden is naar ras/nationaliteit, geslacht, godsdienst, seksuele geaardheid, politieke gezindheid en burgerlijke staat. Dat ook onderscheid naar arbeidsduur onder het wettelijk discriminatieverbod valt, is slechts de helft van de personeelsfunctionarissen bekend. Overigens denkt een grote meerderheid van personeelsfunctionarissen dat ook onderscheid op basis van leeftijd en handicap in de arbeidssituatie wettelijk is verboden, hoewel deze gronden in de huidige wetgeving niet zijn opgenomen. Op de vraag bij welk onderdeel van het personeelsbeleid niet mag worden gediscrimineerd, noemt 60% werving en selectie. Andere onderdelen van het personeelsbeleid, zoals ontslag, scholing, promotie en arbeidsvoorwaarden, worden aanzienlijk minder vaak genoemd. Ongeveer de helft van alle arbeidsorganisaties in Nederland met meer dan tien werknemers is bekend met het bestaan van de CGB. Over het algemeen is de kennis en bekendheid bij organisaties met meer dan 100 werknemers groter dan bij kleinere, en bij overheidsorganisaties groter dan bij particuliere bedrijven.

Al onze respondenten zijn bekend met de hoofdregel dat in principe iedere functie open dient te staan voor zowel mannen als vrouwen. Men is ervan op de hoogte dat uit een wervingsadvertentie voor personeel moet blijken dat zowel mannen als vrouwen kunnen solliciteren. Dit vertaalt zich in de toevoeging m/v achter de functiebenaming.

245 Woldringh 1999, p. 348-353.

Bij de zorg- en welzijnsinstellingen voegt men in een enkel geval m/v achter de functiebenaming toe, terwijl men eigenlijk een persoon van een bepaald geslacht wil aannemen. Men denkt dat dit verplicht is. Dit vloeit voort uit onbekendheid met de wettelijke mogelijkheden om een uitzondering te maken op de algemene regel van gelijke behandeling bij werving en selectie. Eén respondent geeft aan dat de krant waarin de advertentie wordt geplaatst, een niet seksneutrale advertentie weigert te plaatsen.

“Wat overigens niet wegneemt, en dat is ook de reden dat er ook mannen reageren, dat wij niet erbij mogen zeggen dat wij een vrouw zoeken.

Interviewer: in de werving mag dat dan wel.

Respondent: Nee, wij moeten m/v erbij zetten bij de werving, bij de vacatures, want anders worden ze niet aangenomen door de dagbladen want die zeggen: wij mogen geen discriminatie ... (...) Daar krijgen wij commentaar op van: zo plaatsen we dat niet, want dat mogen wij niet”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Drie andere instellingen die een voorkeur hebben voor een man of vrouw voor een functie geven dit in de advertentie wel aan. Het gaat dan om voorkeuren in verband met de teamsamenstelling van groepsleiders in de jeugdhulpverlening en begeleiding van allochtone doelgroepen. De respondenten menen dat die uitzonderingen op de algemene regel van gelijke behandeling zijn toegestaan, maar weten dat niet met zekerheid. Zij vinden dat zij goed kunnen uitleggen aan sollicitanten waarom een dergelijke voorkeur geldt en dat wordt over het algemeen door sollicitanten geaccepteerd.

De arbeidsbemiddelaars werven zowel mannen als vrouwen voor de verschillende functies bij verschillende opdrachtgevers. Wel is het zo dat een aantal opdrachtgevers een voorkeur heeft aangegeven voor een man of vrouw. Slechts één respondent maakt hiervan melding in de advertentie; over het algemeen wordt ook hier de functie in de advertentie opengesteld voor mannen en vrouwen. Negen arbeidsbemiddelaars zeggen ook zowel geschikte mannen als vrouwen aan de opdrachtgever voor te stellen. Zij maken bij bespreking van de vacature met de opdrachtgever duidelijk dat zij geen onderscheid willen of mogen maken. Vijf respondenten geven aan dat zij, in situaties waar zij begrip hebben voor de argumenten van de opdrachtgever, rekening zullen houden met de voorkeur en niet actief zullen zoeken naar kandidaten van het andere geslacht. Reageren er desondanks kandidaten van het andere geslacht dan wordt hen uitgelegd waarom zij niet geschikt worden geacht voor die functie, en wordt hen een andere functie aangeboden. Begrip voor de argumenten van de opdrachtgever is niet gebaseerd op kennis van de wettelijke uitzonderingen, maar een eigen invulling van wat redelijk en billijk is.

Gevraagd naar hun mening over discrepantie tussen de praktijk en de advertentietekst voor wat betreft voorkeuren van werkgevers, geven 13 arbeidsbemiddelaars aan dat zij inderdaad menen dat m/v wordt toegevoegd ook in gevallen waar sprake is van een voorkeur. De een vindt de toevoeging hinderlijk en de ander

vindt dat het toch nodig is omdat in ieder geval over de voorkeur moet worden nagedacht.

6.5.2 Uitzonderingen op de hoofdregel van gelijke behandeling

Ook in dit onderzoek hebben we onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve kennis van de regelgeving. We hebben eerst gekeken naar de kennis die respondenten paraat hebben door hen de vraag voor te leggen of zij op de hoogte zijn van de uitzonderingen op het algemene beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot de arbeid. Respondenten blijken niet met deze uitzonderingen bekend te zijn. Twee respondenten menen dat er in het geheel geen uitzonderingen zijn, veertien geven ronduit toe geen uitzondering te kennen. De overige tien respondenten doen een poging of zijn bekend met een of twee uitzonderingen – of menen die uitzonderingen te weten.

Als uitzonderingsgronden worden genoemd:

- fysiek zwaar werk (4x);
- samenstelling van het team (3x);
- specifieke doelgroep (3x);
- aard van het werk (2x);
- gevaarlijke stoffen;
- positieve discriminatie;
- afspiegeling van de bevolking;
- beperkingen in de arbeidsomstandigheden;
- zwaarwegende redenen.

De actieve kennis van de respondenten over de wettelijke uitzonderingen is dus zeer gering. Vervolgens is de passieve kennis van respondenten getoetst aan de hand van een schema met redenen die werkgevers kunnen aandragen voor een voorkeur voor een man of vrouw voor een bepaalde functie. Gevraagd is of de wettelijke regeling een voorkeur op elk van die gronden toestaat of verbiedt (zie tabel 2).

Van de volgende argumenten weten respondenten dat die geen wettelijke uitzonderingsgrond op het beginsel van gelijke behandeling vormen:

- voorkeur voor man omdat vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid te weinig flexibel zijn;
- voorkeur voor man of vrouw vanwege ontbreken van een vrouwen- respectievelijk mannentoilet. Echter, drie arbeidsbemiddelaars zijn van mening dat dit wettelijk wel is toegestaan aangezien de Arbeidsomstandighedenwet verplicht tot gescheiden toiletruimten.

Tabel 2. Kennis van wettelijke uitzonderingsgronden

Argument voor voorkeur	Personeelsfunctionarissen		Arbeidsbemiddelaars	
	Correct	Niet correct	Correct	Niet correct
<i>Wettelijk toegestane argumenten</i>				
- Voorkeur allochtoon vanwege voorkeursbeleid allochtonen	14	1	13	4
- Voorkeur man of vrouw bij beroepen als toneelspeler, mannequin, danser, zanger etc	13	3	11	5
- Voorkeur man of vrouw omdat dat gewoonte is in buitenland waar werk verricht moet worden	9	4	9	6
- Voorkeur vrouw vanwege voorkeursbeleid vrouwen	12	4	8	10
- Voorkeur man of vrouw omdat werk intieme levenssfeer patiënt of klant betreft	10	7	9	7
- Voorkeur voor bepaald uiterlijk bij beroepen als toneelspeler, mannequin, danser, fotomodel etc	8	6	9	8
- Voorkeur voor man of vrouw vanwege kenmerken doelgroep	13	4	4	12
- Voorkeur voor man of vrouw omdat het een kerkelijke functie betreft	8	5	6	8
<i>Wettelijk niet toegestane argumenten</i>				
- Voorkeur voor man omdat vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid te weinig flexibel zijn	17	0	17	0
- Voorkeur voor man of vrouw vanwege ontbreken van vrouwen resp. mannentoilet	17	0	15	3
- Voorkeur voor man omdat het gaat om nachtarbeid	10	5	15	2
- Voorkeur voor man omdat fysiek overwicht nodig is	9	7	16	1
- Voorkeur voor man of vrouw vanwege streven personeel afspiegeling van klanten te laten zijn	9	6	15	2
- Voorkeur voor man of vrouw omdat gemengd team wenselijk is	5	10	15	2
- Voorkeur voor man vanwege voorkeursbeleid mannen	6	10	13	5
- Voorkeur voor man of vrouw vanwege lichamelijke redenen (respondenten hebben dit opgevat als lichamelijke kracht)	8	8	9	8

Argumenten waarvan een grote meerderheid van de respondenten weet dat het wel of juist geen uitzonderingsgrond kan opleveren, zijn:

- voorkeur voor man of vrouw bij beroepen als toneelspeler, mannequin, danser, zanger, etc.;
- voorkeur voor man vanwege nachtarbeid. Overigens meent toch nog eenderde van de personeelsfunctionarissen dat dit een wettelijke uitzonderingsgrond oplevert;
- voorkeur voor man of vrouw omdat dat in het buitenland waar het werk moet worden verricht de gewoonte is.

Argumenten waarvan ongeveer de helft van de respondenten (zowel van de personeelsfunctionarissen als van de arbeidsbemiddelaars) meent dat die een wettelijke uitzondering vormen terwijl de andere helft meent dat dat niet het geval is, zijn:

- voorkeur voor man of vrouw omdat het werk de intieme levenssfeer van patiënt of klant betreft, waarbij schaamtegevoelens een rol kunnen spelen;
- voorkeur voor bepaald uiterlijk bij beroepen als toneelspeler, mannequin, danser, fotomodel, etc.;
- voorkeur voor man of vrouw vanwege lichamelijke redenen. Dit argument hebben alle respondenten opgevat in de zin van lichamelijke kracht. De helft van de respondenten meent dat men een voorkeur voor een man mag uitspreken indien de werkzaamheden lichamelijk zwaar zijn.
- voorkeur voor man of vrouw omdat het een kerkelijke functie betreft. Wettelijk moet het gaan om kerkelijke ambten, in de mondelinge toelichting is dit ook aan respondenten verduidelijkt.

Ten slotte zijn er argumenten waarop personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars zeer verschillend reageren:

- voorkeur voor man of vrouw omdat gemengd team wenselijk is vanwege de onderlinge sfeer. Dit is geen wettelijke uitzonderingsgrond. Eenderde van de personeelsfunctionarissen en slechts twee arbeidsbemiddelaars menen desalniettemin dat het wettelijk wel mag.
- voorkeur voor een man of vrouw vanwege de kenmerken van de doelgroep. Ter verduidelijking zijn voorbeelden aangegeven als hulpverlening aan mishandelde vrouwen en begeleiding van allochtone vrouwen. Personeelsfunctionarissen, die vaak zelf te maken hebben met dit argument, geven veelal aan dat dit argument ook wettelijk een uitzonderingsgrond vormt; arbeidsbemiddelaars houden vast aan het algemene beginsel dat geen onderscheid tussen mannen en vrouwen gemaakt mag worden.
- voorkeur voor man omdat fysiek overwicht nodig is. De helft van de personeelsfunctionarissen en op een na alle arbeidsbemiddelaars weten dat dit argument geen wettelijke uitzonderingsgrond is, terwijl de andere helft van de personeelsfunctionarissen meent dat dit wel een uitzonderingsgrond oplevert. Wellicht omdat personeelsfunctionarissen in zorg- en welzijnsinstellingen dit argument zelf wel eens gebruiken bij de invulling van een functie terwijl arbeidsbemiddelaars dit argument in de praktijk zelden tegen komen.

- Over de mogelijkheden een voorkeursbeleid voor mannen of vrouwen te voeren heerst onduidelijkheid. Driekwart van de personeelsfunctionarissen meent dat een voorkeursbeleid voor vrouwen wettelijk mag, terwijl een kleine meerderheid van de arbeidsbemiddelaars meent dat dergelijk voorkeursbeleid verboden is. Een voorkeursbeleid voor mannen meent een ruime meerderheid van de personeelsfunctionarissen ook te mogen voeren, bij de arbeidsbemiddelaars is dat een derde. De mogelijkheid een voorkeursbeleid voor allochtonen te voeren blijkt bekend, vooral onder personeelsfunctionarissen, wellicht mede omdat zij te maken hebben met administratie in verband met de Wet Samen.
- Een voorkeur die voortvloeit uit het streven het personeel een afspiegeling te laten zijn van de klanten is op zich geen wettig toegestane uitzonderingsgrond. Driekwart van de respondenten veronderstelt inderdaad dat dit niet mag. Een derde van de personeelsfunctionarissen denkt dat dit wel een wettige grond voor een voorkeur voor man of vrouw vormt.

6.5.3 *Bekendheid met de Commissie Gelijke Behandeling*

De CGB geniet een grote naamsbekendheid; 32 van de 35 respondenten kennen de Commissie. Echter, het inhoudelijk werk van de Commissie is bij de meeste respondenten niet bekend. Men kent nagenoeg geen oordelen. Dat geldt voor oordelen die betrekking hebben op organisaties in hun eigen sector, maar ook voor oordelen die bijvoorbeeld publiciteit hebben gekregen. Ten tijde van de interviews kreeg bijvoorbeeld het oordeel inzake de ‘na-hossers’²⁴⁶ in de media nogal wat aandacht, slechts drie personeelsfunctionarissen noemden deze uitspraak. Drie respondenten in de zorg- en welzijnssector vertellen dat hun organisatie te maken heeft gehad met een procedure inzake gelijke behandeling. Twee van deze procedures zijn gevoerd bij de Commissie. Van de derde is onduidelijk of de instantie die het oordeel gegeven heeft de Commissie is geweest, aangezien de respondent meldde dat hen een boete werd opgelegd, een maatregel die de Commissie niet oplegt. Een andere personeelsfunctionaris geeft nog aan de Commissie wel eens telefonisch benaderd te hebben om advies in te winnen.

Drie respondenten geven aan de Commissie noch van naam noch van oordelen te kennen.

6.5.4 *Conclusie*

Actieve kennis van de regelgeving is alleen aanwezig ten aanzien van de algemene regel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Uitzonderingen worden in het beste geval herkend, echter ook de passieve kennis van de wetgeving is niet groot.

Personeelsfunctionarissen lijken vooral de beste persoon voor een functie kiezen en daarbij wel eens naar het geslacht te kijken, ook om redenen die wettelijk

246 Oordelen CGB 01-125 en 01-126.

zijn toegestaan. Zij zijn daarvan echter niet op de hoogte. Waarschijnlijk kan door voorlichting hierover ook de wervingsadvertentie duidelijker worden opgesteld.

Arbeidsbemiddelaars geven vaak aan (negen respondenten) dat zij een interne opleiding volgen bij aanvang van het dienstverband. Gelijke behandeling vormt een belangrijk onderdeel van die cursus. Dat zal mede komen doordat uitzendbureaus in het verleden door de CGB en in de media op de vingers zijn getikt voor het zoeken naar sterke jongens of Hollandse jongens. Vooral de hoofdregel dat mannen en vrouwen gelijk behandeld moeten worden, is blijven hangen. De uitzonderingen zijn natuurlijk per definitie ook niet van toepassing op de meerderheid van de functies, en zeker arbeidsbemiddelaars hebben met dergelijke functies weinig te maken.

6.6 Maatschappelijke context

6.6.1 Krapte op de arbeidsmarkt

Op het moment dat de interviews zijn afgenomen kenmerkt de situatie op de arbeidsmarkt zich door een lage geregistreeerde werkloosheid (2,0 % van de beroepsbevolking periode mei 2001-juli 2001).²⁴⁷ Arbeidsorganisaties hebben in veel gevallen moeite vacatures in te vullen. Aan het einde van het eerste kwartaal van 2001 stonden 215.600 vacatures open, waren 283.000 nieuwe vacatures ontstaan en waren er 251.000 vervuld.²⁴⁸

Onderzocht is of werkgevers die aangeven bij de uitoefening van bepaalde functies een voorkeur te hebben voor een man of een vrouw, de gevolgen van de krappe arbeidsmarkt ondervinden. Handhaven werkgevers hun voorkeur omdat de functie volgens de werkgever uitsluitend kan worden vervuld door een man of vrouw, of zijn ze geneigd en genooddaakt een goede kandidaat aan te stellen, ongeacht het geslacht? Overigens is niet onderzocht wat werkgevers zullen doen in geval de arbeidsmarkt weer keuze tussen mannen en vrouwen mogelijk maakt, omdat dergelijke verwachtingen puur speculatief zijn.

Bij twaalf zorg- en welzijnsinstellingen is onder het personeel één geslacht sterk vertegenwoordigd (bij elf organisaties zijn de vrouwen oververtegenwoordigd, bij één organisatie mannen). Acht respondenten willen graag medewerkers van het andere geslacht aannemen en doen daar ook moeite voor. Voor de organisatie waar meer mannen dan vrouwen werken, geldt dat het ook mogelijk blijkt om tot een meer gelijke verdeling qua sekse onder het personeel te komen, aangezien vrouwen steeds meer belangstelling krijgen om in die sector te werken. Bij de andere zeven organisaties is het aanbod van mannen zeer gering en zij zijn daardoor genooddaakt de vacatures in veel gevallen op te vullen met vrouwen. Een mannelijke kandidaat die de gewenste kwaliteiten bezit, blijft echter de voorkeur houden.

247 Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, geregistreeerde werkloosheid driemaandsgemiddelden, Heerlen 2001.

248 Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, vacatures in particuliere bedrijven en overheidssectoren, Voorburg 2000.

“Dat wordt steeds moeilijker. Je merkt dat bij vacatures waar je heel graag een man zou willen hebben, terwijl je die vacature niet fulltime kan aanbieden. En dan merk je gewoon dat je er vrijwel niemand voor krijgt. Dat merk je op dit moment gewoon heel sterk. We hebben een vacature van hoofd administratie, in principe is die voor 30 uur, dan krijg je geen man”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Van de elf zorg- en welzijnsinstellingen waar voornamelijk vrouwen werken geven er vier aan in het geheel geen voorkeur te hebben voor een man of vrouw bij de vervulling van een vacature. Dat de organisatie voornamelijk vrouwen in dienst heeft, is geen onderwerp van discussie.

“We gaan voor kwaliteit en wat dat betreft ben je al blij – nou ja, blij dat je iemand kunt krijgen is misschien wat veel gezegd – maar blij dat je kwaliteit krijgt en of het nou een man of een vrouw betreft dat is om het even”. (hoofd personeelszaken)

Vijf zorginstellingen werken met een redelijk gemengd personeelsbestand. Eén daarvan heeft geen voorkeur bij het vervullen van een vacature voor een man of vrouw. De overige vier wel. Zij willen de samenstelling graag gemengd houden, maar dat blijkt door de krapte op de arbeidsmarkt moeilijk te realiseren.

“Het aanbod is schrikbarend laag. We hebben veel moeite om vacatures op te vullen. Vijf jaar geleden konden wij beter eisen stellen dan nu. Ik heb afgelopen zaterdag weer een advertentie in de krant, Volkskrant en Parool, gezet en ik heb pas twee reacties. Het zijn vier functies. Interviewer: Dus je mag hopen dat je in ieder geval vier reacties krijgt? Respondent: Ik hoop dat ik er acht heb, dan kan ik nog een klein beetje kiezen, maar ... Dat zijn dus de drie factoren, evenwichtigheid man-vrouw, evenwichtigheid, etniciteit en het probleem: vind maar eens iemand”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Bij de arbeidsbemiddelaars bemiddelen acht van hen grotendeels vrouwen of juist mannen voor een baan. Zij merken over het algemeen niet dat de krapte op de arbeidsmarkt van invloed is op de voorkeuren van werkgevers voor een man of vrouw voor een bepaalde functie. Twee arbeidsbemiddelaars krijgen van hun opdrachtgevers überhaupt geen voorkeur door, drie arbeidsbemiddelaars merken dat voorkeuren niet meer van belang zijn. Werkgevers lijken hun voorkeur te laten vallen bij het huidige aanbod van kandidaten.

“Interviewer: de invloed van de krapte op de arbeidsmarkt hebben we tussendoor al besproken. Die invloed is eigenlijk best groot? Respondent: Ja, men is al blij dat je iemand stuurt en of dat nu een man of vrouw is doet er niet toe”. (arbeidsbemiddelaar)

Daartegenover zijn er ook drie arbeidsbemiddelaars die bij bepaalde opdrachtgevers op bepaalde functies geen man of geen vrouw kunnen plaatsen. Die werkgevers blijven bij hun voorkeur en prefereren de vacature te laten bestaan boven het invullen daarvan met iemand van het andere geslacht.

“Interviewer: merk je dat de krapte op de arbeidsmarkt ervoor zorgt dat bedrijven zeggen, nou dan toch maar een vrouw? Respondent: nou, een opdrachtgever zal het om die reden nog niet doen. Die laten nog liever een vrachtwagen stilstaan. Dus dat heeft bij hen verder geen invloed, die krapte”. (arbeidsbemiddelaar)

De andere negen geïnterviewde arbeidsbemiddelaars bemiddelen zowel mannen als vrouwen. Vier daarvan krijgen van enkele opdrachtgevers nog wel een voorkeur door, maar zijn of in staat aan te tonen dat het gezien het aanbod van kandidaten momenteel niet mogelijk is daar op te selecteren, of in staat aan het verzoek te voldoen aangezien de vraag naar een man of vrouw overeenkomt met het aanbod van kandidaten. Twee arbeidsbemiddelaars krijgen vanwege de krapte op de arbeidsmarkt en de behoefte om vacatures snel te vervullen, geen voorkeur voor een man of vrouw meer door. Ten slotte geldt voor de overige drie van deze negen arbeidsbemiddelaars dat hun opdrachtgevers in het geheel geen voorkeuren hebben.

Opmerkelijk is dat van de 17 respondenten uit de zorg- en welzijnssector er slechts één aangeeft dat de voorkeur voor een man of vrouw bij de vervulling van een vacature ondanks de krapte op de arbeidsmarkt gehandhaafd blijft, aangezien de vraag overeenkomt met het aanbod. De andere respondenten hebben geen voorkeur, of hebben geen voorkeur meer (vijf resp. elf respondenten).

Bij de 17 arbeidsbemiddelaars ligt dat iets anders. Volgens vijf arbeidsbemiddelaars handhaven enkele opdrachtgevers ondanks de krapte op de arbeidsmarkt hun voorkeur. De vacature wordt dan of inderdaad ingevuld door iemand van het gewenste geslacht, of blijft open tot iemand van het gewenste geslacht beschikbaar is. Ook hier echter geeft de meerderheid aan dat opdrachtgevers geen voorkeur hebben (vijf), of geen voorkeur meer hebben (zeven).

In de gesprekken worden regelmatig andere gevolgen van de krapte op de arbeidsmarkt dan een eventuele invloed op voorkeuren ten aanzien van het geslacht van de kandidaten, naar voren gebracht. Bijvoorbeeld dat wensen ten aanzien van parttime werken nu eerder worden ingewilligd (vijf), men sneller geneigd is een zwangere sollicitante aan te nemen (twee), of een arbeidsgehandicapte (één), of een allochtoon (één), en ook dat men eerder een contract voor onbepaalde tijd aanbiedt in plaats van voor bepaalde tijd (één).

6.6.2 Grootte van het bedrijf

Arbeidsbemiddelaars is gevraagd of zij een verschil waarnemen tussen de voorkeuren van een groot bedrijf en een klein bedrijf ten aanzien van het geslacht van kandidaten. Daaruit komt naar voren dat bij sommige kleine familiebedrijven een sterke voorkeur bestaat voor iemand van een bepaald geslacht. Dergelijke bedrijven worden traditioneler, conservatiever of eenkenniger genoemd. De directeur/eige-

naar drukt een groot stempel op het bedrijf en het personeelsbeleid, voor zover je van beleid al kan spreken. Bij grote bedrijven weegt de mening van één persoon minder zwaar, worden andere selectiemethoden gehanteerd en heeft men zich meer gebogen over het personeelsbeleid.

De voorkeuren bij de zorg- en welzijnsinstellingen zijn niet verschillend naar bedrijfsgrootte. Met name daar waar men streeft naar gemengde teamsamenstellingen, voornamelijk bij instellingen die met jeugdigen werken, worden voorkeuren geuit. Wel biedt een grote organisatie de mogelijkheid om met personeel te schuiven, zodat aan de zorgvraag kan worden tegemoet gekomen.

“Op het moment dat je roosters niet kunt vullen en daarmee een behandeling niet meer kan garanderen dan moet je keuzes maken. En dan kunnen we soms meer mannen dan vrouwen of een meer ongewenste situatie laten ontstaan. Maar we proberen dan bij aanname af te spreken: je gaat nu naar dat team maar de gewenste teamsamenstelling is in de toekomst dat daar een vrouw komt, dus we willen dat je flexibel blijft. Bereid om eventueel naar een andere groep over te stappen. Dan kan je meer in de tijd ervoor zorgen dat die samenstelling ontstaat. Dat zijn wel dingen waar we rekening mee houden. Interviewer: Er is een tijd geweest dat je als instelling kon kiezen? Respondent: Dat is afgelopen”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

6.6.3 *Veranderingen in opvattingen*

Alle respondenten is gevraagd of zij veranderingen in opvattingen waarnemen ten aanzien van functies die door mannen of vrouwen kunnen worden uitgeoefend. De antwoorden op deze vraag zijn weinig opmerkelijk. Veelal wijzen respondenten op algemeen bekende ontwikkelingen, zoals het feit dat het tegenwoordig veel gebruikelijker is dan 10 of 20 jaar geleden dat vrouwen buitenshuis betaalde arbeid verrichten en dat zij meer opleidingen volgen, niet alleen administratieve maar ook technische opleidingen, waardoor vrouwen ook die functies zijn gaan uitoefenen.

Slechts een vrouwelijke respondent heeft zelf een verandering in opvatting waargenomen ten aanzien van een functie die eerst alleen door mannen werd uitgeoefend en waar nu ook vrouwen voor geselecteerd worden.

“Ik ben hier heel lang geleden binnen gekomen en ik ben drie jaar lang de enige vrouw geweest. De situatie is nu gelukkig sterk verbeterd. (...) Er was vanuit de mannen aanvankelijk wel wat weerstand. Van, nou vrouwen kunnen het niet en het zijn hele zware randgroepjongeren en die kunnen vrouwen nooit aan. En die straatmentaliteit van die jongens, nou die vrouwen kunnen daar niks mee. Ze zagen ook dat ik me daar al tien jaar heel makkelijk in kon bewegen. En dat ik juist altijd zei, en mijn koppelgenoot, die kon dat aangeven heel duidelijk van dat geeft een plus. Ik deed veel meer de hulpverlening en hij kon dan wat stoerder met de jongens omgaan, beter aansluiten bij hun cultuur. Terwijl jongens aan een mannelijke collega hun problemen konden vertellen. En daar hebben we het toen veel over gehad in mijn beginperiode. Toen kwam eigenlijk die ruimte hier om te

denken van: vrouwen zijn een meerwaarde voor de organisatie”. (personeelsfunctionaris zorg/welzijn)

Zonder zozeer veranderingen in opvattingen weer te geven, noemt een aantal respondenten functies waar zij mee te maken hebben en waarin in het verleden alleen mannen werkzaam waren en tegenwoordig ook vrouwen:

- functies in de sociale en zorgsector als behandelcoördinatoren en groepsleiders;
- artsen;
- administratieve functies, nu bekend als secretaresse;
- vrachtwagenchauffeurs.

Eveneens worden enkele functies genoemd waarin tegenwoordig ook mannen werkzaam zijn:

- verpleegkundigen (mannelijke verpleegkundigen kiezen echter eerder voor een revalidatiecentrum of ziekenhuis dan voor een verpleeghuis);
- functies in winkels en supermarkten;
- groepsleiding kinderopvang.

Concluderend kan worden gezegd dat voor de verhouding tussen mannen en vrouwen werkzaam binnen een organisatie veeleer het aanbod van kandidaten bepalend wordt geacht, dan voorkeuren die zouden leven bij werkgevers. Werkgevers zouden al zo zijn gewend aan vrouwen in alle mogelijke functies, dat zij – mits zij beschikt over de juiste capaciteiten – niet worden afgewezen op geslacht. Voor mannen geldt hetzelfde: degene met de juiste papieren, ervaring en instelling kan aan het werk in ‘vrouwenberoepen’.

Voor de ongelijke man-vrouw verdeling in bepaalde sectoren worden nog enkele andere redenen genoemd buiten het soms overwegende mannelijke of vrouwelijke aanbod van kandidaten. Zo noemen personeelsfunctionarissen meer dan eens dat beroepen waar overwegend vrouwen werken, beroepen zijn die in vergelijking tot andere beroepen minder betaald worden. Het kan dan gaan om laag ingeschaalde functies of om parttime functies. Omgekeerd is het volgens een aantal personeelsfunctionarissen ook zo dat voor fulltime-banen (en met name de ‘grote’ fulltime banen) minder vrouwelijke kandidaten zich aanbieden.

6.6.4 Maatschappelijke ontwikkelingen

Los van de resultaten van de door ons gehouden interviews kunnen een aantal relevante ontwikkelingen worden aangegeven die zich de afgelopen 25 jaar in Nederland hebben voorgedaan.

- De toegenomen arbeidsmarktparticipatie van vrouwen heeft er niet toe geleid dat de horizontale seksesegregatie op de arbeidsmarkt is verminderd (zie hoofdstuk 1, par. 1.3).
- Door de toegenomen migratie is Nederland anno 2001 in sterkere mate een multiculturele samenleving dan in 1980. Dit is relevant nu blijkt dat contacten

met allochtonen een van de argumenten is waarom, met name in het sociaal-cultureel werk, opbouwwerk, en de jeugdhulpverlening, sommige beroepsactiviteiten geslachtsbepaald worden geacht.

Het zou kunnen zijn dat dit een tijdelijk verschijnsel is. Dat migranten met een toename van de duur van hun verblijf in Nederland andere opvattingen en gewoonten ontwikkelen over de contacten tussen mannen en vrouwen. Daarvoor zijn echter geen aanwijzingen. Een aanmerkelijke groep lijkt juist gehecht aan de eigen normen en gebruiken. Er valt een (toenemend?) beroep te constateren op Nederlandse instellingen om hier rekening mee te houden.

- Een ander gevolg van de gewijzigde samenstelling van de bevolking zou zich in de toekomst kunnen voordoen. Sommige respondenten voorzien mogelijke problemen wanneer verpleeghuizen en verzorgingshuizen in de toekomst meer allochtone bewoners zullen krijgen. Er kunnen dan mogelijk problemen ontstaan doordat allochtone mannen moeite hebben met verzorging door een vrouw (dat allochtone vrouwen moeite hebben met verzorging door een man is geen groot praktisch probleem zolang vrijwel uitsluitend vrouwen deze beroepen uitoefenen).
- Een sterke toename van deeltijdarbeid maakt het enerzijds voor vrouwen (en mannen) met gezinsverantwoordelijkheid beter mogelijk om beroepsarbeid te combineren met de zorg voor kinderen. Het draagt anderzijds bij aan ongelijkheid tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt, nu het vooral vrouwen zijn die in deeltijd werken.
- De afgelopen 25 jaar zijn burgers mondiger geworden. Ook in hun hoedanigheid van patiënt, cliënt of klant verwachten moderne burgers dat rekening wordt gehouden met hun voorkeuren en verlangens. Dit zou kunnen leiden tot een grotere claim op instellingen rekening te houden met wensen ten aanzien van de persoon van de hulpverlener of medewerker, eventueel ook wat betreft geslacht. Een door het feministische gedachtegoed gelegitimeerde wens bij vrouwen om geholpen te worden door een vrouw, zeker bij zaken waarbij hun lichaam in het geding is, kan die trend versterken.

6.7 Praktijk en opvattingen vergeleken met het geldend recht

Na de beschrijving en analyse van de praktijk binnen arbeidsorganisaties en de opvattingen van personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre de beschreven praktijk en opvattingen passen binnen het geldende recht. Op welke punten staat de praktijk hiermee op gespannen voet? Het antwoord op deze vraag kan aanleiding zijn te onderzoeken of bepaalde argumenten, opvattingen of praktijken die niet in overeenstemming zijn met het geldend recht, juridisch erkenning verdienen of niet. Omgekeerd kan ook aanleiding bestaan te onderzoeken of bestaande uitzonderingsgronden wellicht kunnen of moeten verdwijnen.

Er kunnen in dit verband drie situaties worden onderscheiden:

1. de gangbare praktijk bij de selectie van personeel komt overeen met het geldende recht wat betreft de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten;
2. de gangbare praktijk bij de selectie van personeel is in strijd met het geldende recht wat betreft de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten;
3. het is lastig te zeggen of de gangbare praktijk in overeenstemming is met het geldende recht omdat dit afhankelijk is van de interpretatie die aan de juridisch toegestane uitzonderingsgronden wordt gegeven en aan de manier waarop de situaties uit de praktijk worden gepresenteerd.

Praktijk

Ad 1. Praktijk komt overeen met geldend recht

Van de situaties die door respondenten worden genoemd waarin sprake is van een voorkeur voor een man of een vrouw bij de vervulling van een bepaalde vacature zijn er enkele duidelijk in overeenstemming met de wettelijk toegestane uitzonderingen in het kader van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Geslachtsbepaalde activiteiten die respondenten motiveren met een beroep op bescherming van de intieme levenssfeer van cliënten of patiënten en de privacy van cliënten binnen hun eigen huis, passen goed binnen het juridisch kader. Het betreft dan de verzorging en verpleging van patiënten in een zorginstelling dan wel thuis, en beroepsactiviteiten zoals visiteren. Geen van de respondenten vat deze uitzonderingen op als een algemene vrijbrief om mannen dan wel vrouwen uit te sluiten van een bepaald beroep. Er wordt over het algemeen zeer terughoudend en weloverwogen mee omgegaan. Overigens zijn lang niet alle respondenten er van op de hoogte dat een dergelijke uitzondering wettelijk is toegestaan.

Sommige functies die vanwege de kenmerken van de doelgroep geslachtsbepaald worden geacht, passen eveneens goed in het bestaande juridische kader. Zo is de voorkeur binnen de jeugdhulpverlening om vanwege pedagogische redenen te streven naar een evenredige verdeling van mannen en vrouwen toegestaan op grond van artikel 1 sub e van het Besluit (opvoeding van personen). Ook een voorkeur bij bepaalde functies in het maatschappelijk werk is te brengen onder hetzelfde artikel, namelijk wanneer het hulpverlening aan bepaalde personen betreft, zoals hulpverlening aan mishandelde vrouwen of patiënten met ernstige seksuele stoornissen.

Beroepsactiviteiten die in de wet of het besluit worden gekwalificeerd als mogelijk geslachtsbepaald, te weten geestelijke ambten, artistieke beroepsactiviteiten, beroepsactiviteiten van mannequins en modellen, werkzaamheden in het buitenland en de krijgsmacht, zijn zulke specifieke activiteiten dat de respondenten uit ons onderzoek daarmee weinig tot geen ervaring hebben. Het is dan ook niet mogelijk aan te geven hoe de praktijk zich op deze punten verhoudt tot de juridische mogelijkheden. Dat geldt ook voor werkzaamheden die door beschermende wetgeving slechts door een persoon van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld.

Van de in de regelgeving opengelaten mogelijkheid om een voorkeursbeleid voor vrouwen te voeren om achterstanden van vrouwen op de arbeidsmarkt in te halen, wordt in de praktijk van onze respondenten zeer weinig gebruik gemaakt. De voorbeelden van voorkeursbeleid voor vrouwen die in de interviews ter sprake

kwamen, passen binnen het juridisch kader (algemeen voorkeursbeleid of gericht op meer vrouwen in leidinggevende functies).

Ad 2. Praktijk is in strijd met geldend recht

In de praktijk is gebleken van situaties waarin een voorkeur bestaat voor een man of een vrouw terwijl dat binnen het bestaande juridische kader niet is toegestaan. In de eerste plaats moet hier worden genoemd een voorkeur vanwege de samenstelling van het team met het oog op goede onderlinge verhoudingen. Dit komt veel voor en de meeste respondenten vinden het zeer geaccepteerd en vanzelfsprekend dat het uitmaakt of een man of een vrouw op een bepaalde plaats zit. Ten slotte wordt in enkele organisaties met een sterke oververtegenwoordiging van vrouwen in het personeelsbestand bij gelijke geschiktheid de voorkeur gegeven aan een man. Het streven naar een goede man-vrouw verdeling binnen de organisatie, binnen afdelingen of teams is dan ook gebruikelijk. Een dergelijk beleid is op basis van de huidige regelgeving inzake gelijke behandeling formeel niet toegestaan.

Strijdigheid met de gelijkebehandelingswetgeving bestaat ook bij de voorkeur voor een man vanwege lichamelijk zware arbeid. Dit komt bij diverse organisaties voor en wordt door veel personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars geaccepteerd. Veelal heeft de praktijk uitgewezen dat de vrouwen die dergelijke functies hebben vervuld niet geschikt bleken door tekort aan lichamelijke kracht en die ervaring leidt tot het uitsluiten van vrouwen in het algemeen voor dergelijke functies. Echter, de uitzonderingsmogelijkheden van de gelijkebehandelingswetgeving bieden geen grond voor deze argumentatie. Beschikken over lichamelijke kracht kan een functievereiste zijn, maar daar kunnen zowel mannen als vrouwen aan voldoen.

Ten slotte is soms sprake van een voorkeur voor een man of een vrouw om klanten/cliënten en/of werknemers te beschermen tegen ongewenste seksuele avances. Ook voor dit argument biedt het wettelijk kader geen grond.

Ad 3. Praktijk komt mogelijk overeen of is mogelijk in strijd met geldend recht

Beroepsactiviteiten die door respondenten genoemd worden als zijnde geslachtsbepaald in verband met kenmerken van de doelgroep, zijn – zo is in bovenstaande beschreven – soms goed in te passen in het juridisch kader, maar soms ook niet. Minder gemakkelijk is het wanneer het gaat om functies in het allochtone vrouwen- en meidenwerk of in het peuterspeelzaalwerk. In de praktijk blijkt dat bij dergelijke functies vanwege de noodzakelijke contacten met allochtone vrouwen een voorkeur wordt gegeven aan een vrouw. Het is echter twijfelachtig of dat kan worden gebracht onder het begrip ‘hulpverlening aan personen’ uit artikel 1 sub e Besluit.

Opvattingen respondenten

In hoeverre worden de juridische normen ondersteund door de respondenten?

De respondenten vinden gelijke behandeling in het algemeen een goede zaak. Ze onderschrijven de gedachte dat elke vacature moet openstaan voor zowel mannen als vrouwen. De meeste respondenten vinden het desgevraagd ontoelaatbaar de voorkeur te geven aan een man met het argument dat vrouwen met gezinsverant-

woordelijkheid te weinig flexibel zijn of het ontbreken van een vrouwentoilet. Driekwart van de respondenten vindt dat een voorkeur voor een man omdat het gaat om nachtarbeid niet moet zijn toegestaan. De opvattingen van de meeste respondenten stroken eveneens met de juridische normen wanneer het gaat om werken in bijvoorbeeld een Arabisch land of om artistieke beroepen als toneelspeler, fotomodel of mannequin. De meeste personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsinstellingen vinden het niet acceptabel een voorkeur te hebben omdat dat de wens van de klant is. De helft van de arbeidsbemiddelaars vindt dit eveneens niet acceptabel.

Op een aantal punten wijken de opvattingen van de respondenten echter wel af van de huidige wetgeving. Voor veel respondenten is het bijvoorbeeld juist in strijd met het idee van gelijke behandeling dat een voorkeursbeleid voor vrouwen wel mag en voor mannen niet. Voorkeursbeleid moet voor zowel mannen als vrouwen mogelijk zijn of allebei verboden zijn. Vooral de geïnterviewde personeelsfunctionarissen zijn van mening dat voorkeursbeleid onder omstandigheden een goede zaak kan zijn. Respondenten van uitzendbureaus en bemiddelingsbureaus vinden naar verhouding vaker dat voorkeursbeleid verboden zou moeten zijn.

Veel respondenten (elf van de 18 arbeidsbemiddelaars en 15 van de 17 personeelsfunctionarissen) vinden dat een voorkeur voor een man of een vrouw in verband met de teamsamenstelling ook wettelijk geoorloofd zou moeten zijn. In vergelijking met alle andere meningen omtrent uitzonderingen op de hoofdregel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen is dit duidelijk de meest geaccepteerde uitzondering. Een verklaring zou kunnen zijn dat dit niet wordt gezien als in strijd met gelijke behandeling omdat niet een van beide geslachten wordt buitengesloten. De functie op zichzelf kan immers door zowel vrouwen als mannen uitgeoefend worden, maar de teamsamenstelling op dat moment vraagt om een man of een vrouw waarbij bovendien kwaliteit voorop blijft staan.

De helft van de respondenten is van mening dat zwaar werk een wettelijk toegestane reden moet zijn om als werkgever voorkeur aan een man te geven. Ongeveer een op de drie vindt fysiek overwicht een geldige reden om de voorkeur te geven aan een man. Uitsluiting van vrouwen of mannen uit een kerkelijke functie zou naar de mening van vrijwel alle respondenten verboden moeten zijn. Dat kenmerken van de doelgroep kunnen leiden tot de noodzaak of de wens de werkzaamheden te laten vervullen door een man of juist door een vrouw vinden verreweg de meeste personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsinstellingen en bijna de helft van de arbeidsbemiddelaars acceptabel. Wat betreft werkzaamheden die de intieme levenssfeer van de klant of patiënt betreffen, hangt het af van de omstandigheden. Ruim de helft van de respondenten vindt dat een korsettenwinkel uitsluitend vrouwelijk personeel mag aanstellen. Daarentegen vinden slechts drie respondenten dat een verloskundige praktijk een mannelijke verloskundige mag weigeren.

Wat betreft de bescherming van het privé-leven vindt iets minder dan de helft van de respondenten, vooral personeelsfunctionarissen, dat een privé-persoon een man mag weigeren als kinderoppas of als werkster. Driekwart van de respondenten vindt dat een voorkeur voor een man teneinde vrouwen te beschermen tegen gezondheidsrisico's bijvoorbeeld doordat met gevaarlijke stoffen gewerkt wordt, ver-

boden zou moeten zijn. Een aantal arbeidsbemiddelaars wil een dergelijk argument wel accepteren in bepaalde gevallen.

6.8 Conclusie

In deze slotparagraaf zullen we conclusies trekken over de wijze waarop in de praktijk wordt gedacht en wordt omgegaan met een voorkeur voor een man of een vrouw bij de selectie van personeel voor een bepaalde functie. Daarbij nemen we de in de inleiding geformuleerde vragen als leidraad. Vervolgens zullen enkele beschouwende opmerkingen naar aanleiding van de bevindingen worden gemaakt.

Voor welk soort functies willen werkgevers bij voorkeur of uitsluitend een man dan wel een vrouw? Volgens de respondenten zijn verreweg de meeste functies niet geslachtsgebonden. Geslachtsbepaalde functies in de strikte betekenis van het woord komen in de praktijk van onze respondenten zelden voor. Het aantal beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend wordt geacht, is omvangrijker dan het aantal functies, maar eveneens tamelijk beperkt qua omvang. Desondanks is het niet ongebruikelijk dat bij de opvulling van een bepaalde vacature een voorkeur bestaat voor een vrouw dan wel een man, doorgaans omdat een gemengde teamsamenstelling wenselijk wordt geacht.

Het onderscheid tussen geslachtsbepaalde functies, geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en geslachtsbepaalde vacatures blijkt een in de praktijk van de personeelselectie relevant onderscheid. Geslachtsbepaalde functies en geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten liggen in elkaars verlengde en zijn beide afhankelijk van de aard van de werkzaamheden en de opvatting dat die werkzaamheden uitsluitend of beter door een man respectievelijk een vrouw kunnen worden verricht. Of aanwezigheid van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten leidt tot geslachtsbepaalde functies is vervolgens afhankelijk van de wijze waarop binnen een organisatie de werkzaamheden worden verdeeld en van de feitelijke verdeling van de functies over mannen en vrouwen. Bij een bepaalde vacature kan een voorkeur voor een man respectievelijk een vrouw voortvloeien uit de aard van de werkzaamheden (geslachtsbepaalde functie of beroepsactiviteit) of uit opvattingen over een ideale personeelssamenstelling.

Op basis van de interviews blijkt typisch vrouwenwerk te bestaan uit contact met allochtone vrouwen, zogenaamd fijn priegelwerk, werkzaamheden die betrekking hebben op het vrouwenlichaam, traditioneel aan vrouwen toebedeelde werkzaamheden in dienstverlenende administratieve beroepen, het huishouden en land- en tuinbouw. Beroepsactiviteiten die mannen geacht worden beter te kunnen, worden gekenmerkt door fysiek zwaar werk, een manier van omgaan met jongens of een 'lastige' doelgroep waarvoor mannen meer geschikt zouden zijn of een traditioneel mannenberoep. Deze opvattingen over geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten sluiten vrijwel naadloos aan bij de traditionele arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen. Het is daarom van belang te onderzoeken welke argumenten volgens de respondenten ten grondslag liggen aan de door hen genoemde voorkeuren.

De gebruikte argumenten zijn van tweeërlei aard. Enerzijds het argument dat bepaalde werkzaamheden veel beter kunnen worden uitgevoerd door een vrouw respectievelijk een man. Voorbeelden zijn: we zoeken een man omdat lichamelijke kracht is vereist, voor contacten met allochtone vrouwen hebben we een vrouw nodig e.d. Werkgevers zijn voor de vervulling van een vacature op zoek naar de in hun ogen beste kandidaat. Dat ligt erg voor de hand. Gevolg hiervan is dat voor bepaalde functies een man wordt gezocht omdat de ervaring leert dat mannen sterker zijn en daardoor beter geschikt voor zwaar werk (efficiënter door hogere belasting; minder risico op arbeidsongeschiktheid; minder beroep op collega's om handje te helpen). Om dezelfde reden wordt soms niet de voorkeur gegeven aan een zwangere vrouw omdat aanstelling van een zwangere vrouw kosten en problemen met zich meebrengt in verband met vervanging.

Anderzijds zijn er argumenten die voortkomen uit een ideale samenstelling van het personeelsbestand. Een expliciet voorkeursbeleid voor vrouwen komt binnen de door ons onderzochte organisaties maar weinig voor. Wel is binnen veel organisaties regelmatig sprake van een ideaalbeeld over hoe een bepaald team of bepaalde afdeling samengesteld zou moeten zijn. Het gaat dan in de regel om een streven naar een zeker evenwicht tussen het aantal mannen en vrouwen in een team.

Vanwege de verwevenheid van opvattingen en wensen met de feitelijke verdeling van werkzaamheden over mannen en vrouwen is het de vraag op welke wijze traditionele patronen van seksesegregatie op de arbeidsmarkt kunnen worden doorbroken. Ideeën over welke werkzaamheden vrouwen respectievelijk mannen bij uitstek goed kunnen, lijken te functioneren als *self-fulfilling prophecy*.

Overigens is dit onderzoek beperkt gebleven tot vormen van expliciete ongelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de selectie. Impliciete en onbewuste ongelijkheid blijft buiten beeld. Het is bekend dat onbewuste beelden en verwachtingen een grote rol spelen bij selectie en ongelijk uitwerken voor mannen en vrouwen.

In loop van de jaren is de ideologie van gelijkheid en gelijke behandeling dominant geworden. Deze wordt door vrijwel alle respondenten onderschreven. Tevens is het opleidingsniveau en de arbeidsmarktparticipatie van (gehuwde) vrouwen sterk toegenomen. Toch heeft dit niet geleid tot een afname van de seksesegregatie op de arbeidsmarkt. Kennelijk zijn vrouwen slechts in een beperkt aantal segmenten van de arbeidsmarkt terechtgekomen (vergelijk hoofdstuk 1).

De geslachtsspecifieke arbeidsverdeling blijkt ook in de organisaties waar de respondenten anno 2001 zicht op hebben, tamelijk traditioneel te zijn. Deze arbeidsverdeling lijkt in het algemeen aan te sluiten bij de opvattingen van zowel arbeidsbemiddelaars, personeelsfunctionarissen, leidinggevenden als sollicitanten. Voor nogal wat functies zouden geen of bijna geen vrouwen respectievelijk mannen solliciteren. Functies waarbij personeelsfunctionarissen denken aan een vrouw, zijn ook de functies waar vooral vrouwen werken en waarop vooral vrouwen solliciteren. Vanzelfsprekendheden van werkgevers en (potentiële) werknemers lopen hier min of meer parallel. Dit is een essentieel verschil met discriminatie op basis van nationaliteit, huidskleur of afkomst. Hier lopen vermoedelijk de verwachtingen en vanzelfsprekendheden veel sterker uiteen. Het lijkt immers niet denkbeeldig dat

bijvoorbeeld een werknemer van Marokkaanse afkomst volgens de werkgever niet in het profiel past, ook voor functies waar Marokkanen wel belangstelling voor hebben en beschikken over de vereiste vooropleiding. Dan is wel sprake van discrepantie tussen vraag en aanbod.

Hoewel geslachtsbepaalde functies in de strikte betekenis in de praktijk van onze respondenten zelden voorkomen en ook het aantal geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in de meeste organisaties tamelijk beperkt is, is het bij veel vacatures gebruikelijk dat een voorkeur bestaat voor een man dan wel voor een vrouw. Het belangrijkste argument daarbij is de ideale samenstelling van het team. Dit argument is zeer wijdverbreid en zeer breed geaccepteerd. Het gaat hierbij niet om een absolute voorkeur, want men zoekt primair een kwalitatief goede kandidaat en eventueel van het niet geprefereerde geslacht. Geslacht lijkt een meer geaccepteerd criterium bij selectie van personeel of verdeling van taken dan bijvoorbeeld etnische herkomst. De veronderstelling dat mannen en vrouwen gemiddeld over andere kwaliteiten beschikken is ruim verspreid en dat is ook de reden en rechtvaardiging om rekening te houden met geslacht. Een dergelijke rechtvaardiging bestaat niet ten aanzien van etnische herkomst. Wel wordt opmerkelijk vaak vermeld dat uiteraard wel een goede beheersing van de Nederlandse taal tot de functie-eisen behoort. Het is niet onmogelijk dat dit soms ten onrechte wordt gebruikt als argument om allochtonen buiten de deur te houden (zonder serieus te checken of de betreffende persoon aan dat criterium voldoet en of dit echt noodzakelijk is voor de functie).

Aanwezigheid van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten leidt niet in alle gevallen tot geslachtsbepaalde functies. Zo vermelden alle personeelsfunctionarissen van instellingen voor sociaal-cultureel werk en opbouwwerk geslachtsbepaalde activiteiten, terwijl niet alle instellingen geslachtsbepaalde functies hebben. De afschaffing van het categoriaal welzijnswerk gericht op buitenlandse werknemers of allochtonen heeft waarschijnlijk bijgedragen aan een ontwikkeling waarbij weliswaar sprake is van geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten, maar lang niet in alle gevallen van geslachtsbepaalde functies.

Praktijk en opvattingen in relatie tot gelijkebehandelingsregelgeving

Personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars blijken slechts globaal op de hoogte van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het is algemeen bekend dat elke vacature in principe voor zowel mannen als vrouwen moet worden opengesteld. De actieve kennis van de uitzonderingsbepalingen bij de respondenten is minimaal. De passieve kennis is iets beter, maar niemand is hiervan echt goed op de hoogte. Zo meent bijvoorbeeld de helft van de respondenten ten onrechte dat een voorkeur voor een man bij zwaar lichamelijk werk formeel is toegestaan. De CGB heeft wel enige naamsbekendheid maar met oordelen van de Commissie zijn de meeste respondenten niet bekend.

Respondenten noemen verschillende in hun ogen geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten. Voor zover dit wordt gemotiveerd met een beroep op de bescherming van de intieme levenssfeer van patiënten, de bescherming van het privé-leven of de kenmerken van de doelgroep binnen het sociaal-cultureel of opbouwwerk is dit in

overeenstemming met wettelijk toegestane uitzonderingen op gelijke behandeling. Met name dit laatste argument kwamen we regelmatig tegen. Zo blijken bijvoorbeeld instellingen waar jongeren intern verblijven te streven naar een zeker evenwicht tussen mannen en vrouwen in de groepsleiding. Dit is ook mogelijk op grond van het besluit (beroep op uitzondering ten aanzien van opvoeding). Deze vaststelling is met name van belang omdat tijdens de parlementaire behandeling bezwaren zijn aangevoerd tegen dit onderdeel van het besluit. De beroepsactiviteit is niet geslachtsbepaald, maar de vacature eventueel wel. De vraag werd gesteld of het streven naar een zeker evenwicht tussen mannelijke en vrouwelijke groepsleiders in jeugdinternaten niet veel meer een uiting is van maatschappelijke waardeoordelen. De regering heeft erkend dat inderdaad met name maatschappelijke waardeoordelen aan de orde zijn die in de tijd kunnen veranderen en de bepaling zou geschrapt kunnen worden als in geen enkel geval meer een beroep op deze uitzonderingsgrond zal worden gedaan.²⁴⁹ Dat moment is nu in ieder geval nog niet aangebroken.

Andere argumenten die worden gehanteerd ter motivering van een voorkeur voor een man of een vrouw zijn in strijd met het geldend recht. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het argument van de samenstelling van het team met het oog op goede onderlinge verhoudingen of omdat van mannen een andere inbreng kan worden verwacht dan van vrouwen. Dit is tamelijk algemeen verbreid en de meeste respondenten vinden dat dit ook wettelijk geoorloofd zou moeten zijn.

Strijdigheid met gelijkebehandelingswetgeving bestaat ook wanneer de voorkeur aan een man wordt gegeven voor zwaar lichamelijk werk. In de parlementaire behandeling is nadrukkelijk aangegeven dat onder lichamelijke redenen niet moet worden verstaan lichamelijk kracht. Toch komt dit in de praktijk kennelijk regelmatig voor en ongeveer de helft van de geïnterviewde personeelsfunctionarissen en arbeidsmiddelaars vindt dit acceptabel. Een enkele keer blijkt voor een bepaalde vacature de voorkeur te worden gegeven aan een man of vrouw om klanten, cliënten en/of werknemers te beschermen tegen ongewenste seksuele avances. De huidige regelgeving kent deze uitzonderingsgrond niet.

Van een aantal situaties die in de interviews worden genoemd is niet zonder meer duidelijk of deze op basis van wet en besluit zijn toegestaan. Kan een voorkeur voor een vrouw omdat contacten met allochtone vrouwen deel uitmaken van de werkzaamheden worden gebracht onder 'hulpverlening aan personen' (art. 1 sub e van het Besluit)? In lang niet alle gevallen is immers sprake van 'hulpverlening' in de conventionele betekenis van het woord.

Naar aanleiding van de interviews met arbeidsbemiddelaars en personeelsfunctionarissen kan worden geconstateerd dat een lijst met geslachtsbepaalde functies of beroepsactiviteiten voor de praktijk van werving en selectie van personeel niet veel betekenis heeft. Mensen die in praktijk te maken hebben met werving en selectie van personeel zijn van dergelijke details niet op de hoogte (en over het algemeen er ook niet in geïnteresseerd). Een lijst met uitzonderingen zal weinig algemene werking hebben, dat wil zeggen de praktijk van de personeelsselectie zal

249 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 5, p. 33.

niet wijzigen onder invloed van die lijst. Een dergelijke lijst is mogelijk wel zinvol met het oog op een specifieke werking, in die gevallen dat onenigheid ontstaat en een klacht wordt ingediend of een procedure wordt aangespannen door de benadeelde partij.

Tot besluit

De Nederlandse samenleving is de laatste decennia in een aantal opzichten heterogener geworden. Enerzijds door de migratie: met de komst van mensen uit vele landen hebben allerlei andere gebruiken, gewoontes en normen hun intrede in Nederlandse samenleving gedaan. Anderzijds zijn wellicht de idealen en praktijken van autochtone Nederlanders wanneer het gaat om huwelijk, gezin en geslachtsrollen heterogener geworden. Was in het verleden sprake van één dominant ideaal, een gezin met kinderen waarbij de man de rol van kostwinner en de vrouw de rol van huisvrouw heeft, nu lijkt dit vervangen door een veelheid aan idealen en praktijken.

De opvattingen van de respondenten ten aanzien van gelijke behandeling van mannen en vrouwen vertonen een ambivalentie. Gelijke behandeling is belangrijk en nastrevenswaardig, daar zijn alle respondenten het over eens. Tegelijkertijd vinden de meeste respondenten echter dat geslacht een ‘relevant’ criterium is bij de selectie van personeel. Het maakt verschil of er op een werkplek een man of een vrouw zit. Ten slotte vinden de meeste respondenten geslacht geen hot issue meer bij personeelsselectie – het is hooguit lastig dat voor bepaalde functies geen of weinig mannen dan wel vrouwen te vinden zijn waardoor de samenstelling van het personeel eenzijdig dreigt te worden.

Een algemene kwestie bij denken over gelijkebehandelingswetgeving is de vraag in hoeverre de keuze van werknemers wordt overgelaten aan werkgevers/arbeidsorganisaties. Zouden bepaalde keuzen verboden moeten zijn en zo ja welke? In hoeverre moet de wetgever (of de overheid) opvattingen over wat vrouwen en mannen kunnen of mogen dwingend opleggen aan werkgevers? En in hoeverre moet de wetgever ruimte laten aan de persoonlijke opvattingen van mensen hierover?

7. Oordelen inzake geslachtsbepaalde functies

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zijn de oordelen van de Commissies Gelijke Behandeling aan de orde voor zover zij betrekking hebben op de vraag of een bepaalde functie of een bepaalde beroepsactiviteit al of niet als geslachtsbepaald moet worden beschouwd. Het doel is na te gaan in hoeverre uit de casuïstiek of uit de oordeelsvorming maatschappelijke ontwikkelingen of wijzigingen in maatschappelijke opvattingen afgeleid kunnen worden. Aspecten die daartoe aan de orde komen betreffen de benadering van een casus door de CGB, de redenering van de CGB, de wijze van omgaan door de CGB met het Besluit en de casuïstiek als zodanig.

De oordelen die worden behandeld zijn geselecteerd uit alle oordelen die vanaf 1980 tot en met 2000 zijn uitgesproken. De oordelen die ten tijde van de WGB(oud) werden gegeven zijn ontleend aan de rechtspraakoverzichten van de CGB in Gerritsen 1987 en Gerritsen 1989. De overige oordelen hebben als bron de jaarlijks door de CGB uitgegeven oordelenbundels, dan wel de website van de CGB.²⁵⁰ De oordelen tussen januari en augustus 1994 zijn niet gepubliceerd. Zij zijn ontleend aan het persoonlijk archief.

De vindplaatsen van de oordelen wordt aangegeven zoals tegenwoordig gebruikelijk is: twee cijfers voor het jaartal (bv. 89 voor 1989), gevolgd door een streepje en twee cijfers voor de nadere chronologische aanduiding (89-17). Dit geldt ook de oordelen onder de WGB(oud), ook al was dat destijds nog niet gebruikelijk. De oordelen uit het persoonlijk archief worden aangeduid met de letter p achter het nummer (bv. 94-14p). In enkele gevallen heeft een casus twee cijfers achter het streepje, bijvoorbeeld 90-117/118. Het gaat dan om dezelfde casus, maar niet om dezelfde wederpartij.

Bij de bespreking van de oordelen wordt afgezien van een indeling in zaken die spelen bij de (semi)overheid en de private sector. Onder de WGB(oud) werd die indeling wel aangehouden omdat er de aparte WGB voor de burgerlijke openbare dienst bestond (WGB(bod)), alsook een aparte commissie gelijke behandeling (de CGB(bod), vgl. Hoofdstuk 3). Dat onderscheid is echter verlaten met de WGB m/v, en het is ook niet relevant voor het onderzoek.

De casussen worden vereenvoudigd weergegeven. Dat wil zeggen dat alleen wordt ingegaan op de vraag of in casu het geslacht bepalend is voor de functie. Andere aspecten die in een procedure kunnen meespelen, zoals de vraag of de zaak rechtstreeks tegenover de werkgever speelt of tegen een (arbeidsbemiddelings)organisatie, de vraag of de commissie wel bevoegd is of de situatie dat partijen het niet eens zijn over de ware toedracht van de feiten blijven buiten beschouwing.

250 www.cgb.nl.

Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 7.2 wordt een schets gegeven van het juridisch kader waarbinnen de oordeelsvorming inzake geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten plaatsvindt. In de paragrafen 7.3, 7.4 en 7.5 zijn achtereenvolgens de oordelen onder de WGB(oud) en WGB(bod), de WGB m/v en de (A)WGB aan de orde. Deze scheiding wordt gemaakt omdat er niet alleen verschillende commissies waren (aangeduid als CGB(oud) of CGB(bod), de CGBm/v en de CGB) maar ook omdat de oordeelsvorming steeds in een enigszins veranderde juridische context plaatsvond. De opeenvolgende gelijkebehandelingswetten wijzigden op kleine punten en hadden op onderdelen hun invloed op de oordelen. In paragraaf 7.6 wordt ingegaan op de samenhang met de twee andere toegelaten uitzonderingen: voorkeursbeleid en bescherming van het moederschap alsook op de samenhang met onderscheid op grond van etnische afkomst. Paragraaf 7.7 gaat in op de overige aspecten die uit de casuïstiek naar voren komen. Het betreft de uit de oordelen blijvende praktijken en de argumenten en reacties van werkgevers op de beschuldiging van discriminatie, alsmede de eventuele wijzigingen daarin in de loop der Paragraaf 7.8 sluit dit hoofdstuk af met een samenvatting/conclusie.

7.2 Juridisch kader

In het algemeen gesproken zijn er talloze oordelen van de onderscheiden Commissies Gelijke Behandeling die te maken hebben met de (beperkte) toegang tot de arbeidsmarkt voor vrouwen. Zo zijn er vele oordelen die betrekking hebben op het niet aanstellen of ontslaan in verband met zwangerschap. Daarnaast is er een groep oordelen die gerelateerd is aan het feit dat vrouwen in zijn algemeenheid werk en gezin combineren en daardoor geacht worden minder flexibel of minder inzetbaar te zijn, dan wel in deeltijd te willen werken. Een derde categorie betreft selectiecriteria waaraan in feite alleen mannen konden voldoen (bv. gewetensbezwaarden, ex-dienstplichtigen). Deze casuïstiek geeft inzicht in de praktijken en mechanismen die leidden tot de beperkte mogelijkheden voor vrouwen om toegang tot de arbeidsmarkt te krijgen. Oppervlakkig beschouwd zou gesteld kunnen worden dat er in al deze situaties verondersteld werd dat beroepen aan de orde waren waarvoor het geslacht bepalend was. Dit soort oordelen is echter niet relevant voor de vraag in dit onderzoek. Ten aanzien van zwangerschapszaken is een geheel eigen jurisprudentie ontstaan die niet van toepassing is op geslachtsbepaalde functies. Het gegeven dat vrouwen doorgaans werk en gezin combineren en daardoor in deeltijd werken, heeft de CGB nooit verleid tot de gedachte dat het om geslachtsbepaalde functies ging. Een deel van de problematiek op dit punt is overigens opgelost met de Wet waarin het verbod op onderscheid naar arbeidsduur werd geregeld (WOA).²⁵¹ De ‘de facto’ geslachtsbepaalde functies waarnaar in de praktijk alleen

251 Wet van 3 juli 1996 houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Ambtenarenwet in verband met het verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur, *Stb.* 1996, 391.

mannen konden solliciteren zijn door de CGB eerst als indirect en later als direct onderscheid gekwalificeerd.

Oordelen die wel de vraag betroffen of er sprake was van een geslachtsbepaalde functie hebben betrekking op twee situaties: werving en selectie enerzijds en beëindigen van het dienstverband anderzijds. De verplichting tot gelijke behandeling m/v bij werving en selectie is geregeld in artikel 3 WGB m/v. De aan de orde komende oordelen van de CGB zijn dan ook op deze bepaling gebaseerd en niet op artikel 5 lid 2 en 3 WGB m/v. Artikel 3 WGB m/v luidt thans als volgt:

1. Het is niet toegelaten in de advertentie waarin een betrekking aangeboden wordt of bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen.
2. Van het in het eerste lid bepaalde mag worden afgeweken in die gevallen waarin ingevolge deze of enige andere wet bij het aanbieden van een betrekking onderscheid tussen mannen en vrouwen mag worden gemaakt en voor zover het betreft een openlijke aanbieding van een betrekking, de grond van dat onderscheid daarbij uitdrukkelijk wordt vermeld.
3. Het aanbieden van een betrekking, bedoeld in het eerste lid, geschiedt wat betreft tekst en vormgeving zodanig, dat duidelijk blijkt, dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking komen.
4. Indien voor de aangeboden betrekking een functiebenaming wordt gebruikt, wordt of zowel de mannelijke als de vrouwelijke vorm gebruikt, of uitdrukkelijk vermeld dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking komen.

Deze tekst is de resultante van de oorspronkelijke tekst uit 1980 plus een aantal wijzigingen in de loop der jaren. Zo zijn de leden 2, 3 en 4 in 1989 bij de WGB m/v toegevoegd, mede naar aanleiding van oordelen ter zake van de CGB(oud en bod).

Het ‘aanbieden van een betrekking’ uit het eerste lid wordt doorgaans aangeduid als ‘werving’, de ‘behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking’ als ‘selectie’. Oordelen inzake de werving hebben betrekking op de letterlijke tekst van een personeelsadvertentie, waaruit een voorkeur voor een man of een vrouw blijkt. Daarbij wordt getoetst aan de vereisten van de leden 2, 3 en 4 van artikel 3 WGB.

Oordelen inzake selectie betreffen feiten/gebeurtenissen tijdens het sollicitatieproces die vermoedens doen rijzen dat de werkgever het geslacht bepalend acht voor de functie. Dit kan het geval zijn bij een open sollicitatie, een interne vacature of naar aanleiding van een sollicitatie op een correcte, dat wil zeggen conform de wettelijke vereisten opgestelde, personeelsadvertentie.

Voor de verplichting tot gelijke behandeling bij het einde van het dienstverband is geen expliciete aparte bepaling. De artikelen 7:646 lid 1 BW en 1a WGB m/v bepalen in zijn algemeenheid dat geen onderscheid mag worden gemaakt bij de aanstelling, de arbeidsvoorwaarden, het verstrekken van onderricht, de bevordering en de beëindigen van het dienstverband. Op basis van deze bepalingen wordt beoordeeld of bij de beëindiging onderscheid naar geslacht wordt gemaakt omdat de werkgever besluit dat de functie voortaan geslachtsbepaald is, een man of vrouw

ontslaat, dan wel een tijdelijk dienstverband niet verlengt en vervolgens iemand van het andere geslacht aanstelt. In hoofdstuk 3 is uiteengezet dat de reikwijdte van de uitzondering voor geslachtsbepaalde functies sinds de WGB m/v van 1989 is beperkt tot de toegang tot de dienstbetrekking. Oordelen in het kader van deze situatie zijn er dus in beginsel alleen in de periode 1980-1989. Niettemin zijn er ook na 1989 oordelen die betrekking hebben op ontslag vanwege het geslachtsbepaald worden van een functie.

7.3 WGB(oud) en WGBbod (1980-1989)

Juridische context

Zoals in hoofdstuk 3 is aangegeven was er onder de WGB(oud en bod) nog geen lijst waarin was vastgelegd welke voor welke beroepen het geslacht bepalend was. Ook gold toen dat van een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit bij het einde van het dienstverband kon worden gesproken. Voorts ontbraken in artikel 3 WGB(oud) de leden 2 tot en met 4, terwijl het eerste lid iets anders was geredigeerd.

De oordeelsvorming algemeen

In deze periode is sprake van een ontwikkeling van enkele lijnen in de wijze van beoordeling door de CGB(oud) van de vraag of er sprake is van een geslachtsbepaalde functie.

In de eerste plaats stelde de Commissie zich passief op ten aanzien van de vraag waarom in een concreet geval sprake zou zijn van een geslachtsbepaalde functie. De wederpartij dient daartoe argumenten aan te voeren. In het algemeen bracht dat mee dat de werkgever die niets op dat terrein aanvoerde sowieso in zijn beroep niet slaagde (bv. 83-67, vrouw afgewezen voor functie van dirigent van amateur mannenkoor). Als de argumenten volgens de Commissie te zwak waren, werd overwogen dat niet was aangetoond dat er in casu sprake was van een geslachtsbepaalde functie en dat ook de Commissie dat niet aannemelijk achtte (bv. 83-57, in advertentie mannelijk academicus gevraagd).

In de tweede plaats bracht de CGB(oud) al in een vroeg stadium (bv. 81-110) onderscheid aan tussen de geslachtsbepaaldheid van een functie enerzijds en functie-eisen anderzijds. Het betrof in alle gevallen situaties dat men hetzij een vrouw, hetzij een man zocht in verband met veronderstelde eigenschappen of capaciteiten van vrouwen of mannen die exclusief aan vrouwen of mannen zouden toebehoren. Een bekend voorbeeld is het vereiste 'lichaamskracht' voor functies waar tillen of sjuwen aan de orde is. Algemeen is de veronderstelling dat mannen over meer lichaamskracht beschikken dan vrouwen en algemeen is de gedachte dat voor een functie die zwaar werk inhoudt het geslacht bepalend is. De CGB(oud) ging van een andere opstelling uit. Een beroep op zwaar werk als tillen en sjuwen, deed de Commissie af met "het enkele feit van zwaar werk mag geen reden zijn om vrouwen bij voorbaat en in het algemeen uit te sluiten voor deze werkzaamheden. Er is geen reden vrouwen die over voldoende lichaamskracht beschikken de toegang tot dergelijk werk te ontfagen". (82-55; 83-37 (betreffende een ontslag omdat de

vrouw(en) het zware tilwerk niet aankonden); 85-71; 86-73; 89-14). Andere voorbeelden hebben betrekking op veronderstelde karaktereigenschappen van mannen of vrouwen, waardoor een functie geslachtsbepaald zou zijn. Ook hier ging de CGB(oud) niet in mee. Empathie of invoelend vermogen is een functie-eis en niet bij voorbaat een aan het vrouwelijk geslacht verbonden eigenschap (82-77, emancipatiemedewerkster en 84-81, orthopedagoge) en het enkele feit dat iemand vrouw is, maakt haar nog niet ongeschikt voor de functie van dirigente van een amateur-mannenkoor (83-67)). Andere voorbeelden betreffen onveilig werk (85-50, opnemen gas- en watermeterstanden zou gevaarlijk zijn: 's avonds laat over straat, overal naar binnen) en omgaan met dronken of anderszins lastige passagiers (89-14, ligwagendirecteur bij de spoorwegen).

In al deze gevallen besluit de CGB(oud) als volgt: De door de wederpartij gegeven argumenten maken het niet aannemelijk dat geen enkele vrouw aan de functie-eisen zal kunnen voldoen (83-67) of: kunnen er niet toe leiden dat bij voorbaat alle vrouwen (of mannen) worden uitgesloten. Het gaat om functie-eisen en de meest geschikte kandidaat (84-81).

Een derde principiële opstelling van de Commissie is – conform de wetsgeschiedenis van de WGB(oud) – dat de uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling, en dus ook de uitzondering geslachtsbepaaldheid, restrictief moet worden uitgelegd.

In oordeel 83-57 stelt de CGB dit expliciet als volgt:

- De Nederlandse regering stelt zich op het standpunt dat er geen functies zijn aan te wijzen die volledig van de toepassing van de richtlijn zijn uitgesloten;
- de toepasbaarheid van de uitzondering moet in elke concrete situatie worden aangetoond, doch de strekking van de richtlijn brengt met zich mee dat niet te snel aangenomen mag worden dat het geslacht bepalend is voor de functie in kwestie;
- In de MvT (p. 14) wordt opgemerkt dat 'het moet gaan om gevallen, waarin naar objectieve maatstaven het geslacht bepalend is. Het is aan de CGB en de rechter om erop toe te zien dat het toepassingsbeleid van de bepaling zo beperkt mogelijk blijft.²⁵²

Dit wordt een standaardoverweging die in veel oordelen wordt teruggevonden (bv. in 83-67, 84-81, 85-61, 86-62). In een later oordeel (89-15) ondersteunt de CGB haar opstelling extra met een verwijzing naar de uitspraak van het HvJEG inzake *Commissie/Verenigd Koninkrijk* (zie par. 2.4.1), ook al werd in dat arrest nog niet uitdrukkelijk gesproken van een strikte interpretatie.

Uit de standaardoverweging is niet alleen af te leiden dat de uitzondering strikt moet worden uitgelegd, maar ook dat zij niet in zijn algemeenheid kan worden toegepast en dat in ieder concreet geval moet worden aangetoond of er sprake is van een geslachtsbepaalde functie. Dit laatste is evenwel niet geheel juist. Gerritsen

252 De aangehaalde passage is in feite niet afkomstig uit de MvT maar uit de MvA van *Kamerstukken II 1978/79*, 15 400, nr. 6, p. 14 resp. 15; zie Gerritsen 1987, p. 33 voor een gelijkkluidende opmerking.

wijst in dit verband op de tijdens de parlementaire behandeling van de WGB (oud)²⁵³ door de minister genoemde bepaalde kerkelijke opleidingen, zoals priesteropleidingen waarbij de uitoefening van het beroep ingevolge kerkelijke voorschriften aan mannen is voorbehouden. Dit brengt mee dat er functies zijn waarvoor het geslacht in het algemeen bepalend is.²⁵⁴

De restrictieve toets op zichzelf komt op diverse manieren tot uiting:

- als in de advertentie om m/v wordt gevraagd terwijl men in de praktijk alleen mannen blijkt aan te nemen kan er zonder meer geen sprake zijn van een geslachtsbepaalde functie (86-82);
- als de wederpartij zelf aangeeft dat de functie in principe door zowel mannen als vrouwen kan worden vervuld is het geen geslachtsbepaalde functie (89-14);
- als de functie eerder door een vrouw werd vervuld terwijl de wederpartij nu een man wil is het geen geslachtsbepaalde functie (88-23);
- als de desbetreffende functie ook gewoon door vrouwen wordt verricht of als er ook gewoon vrouwen werken (85-96) is het geen geslachtsbepaalde functie;
- als de desbetreffende functie niet onder de voorbeelden past die tijdens de parlementaire behandeling zijn gegeven kan er evenmin sprake zijn van een geslachtsbepaalde functie (81-110, en 89-15) en vice versa: als het er wel onder past is het wel een geslachtsbepaalde functie (88-33, zie hierna).

Oordelen inzake geslachtsbepaaldheid

Uiteindelijk zijn er in deze hele periode slechts drie gevallen waarin de CGB(oud) tot het oordeel komt dat een functie geslachtsbepaald is.

Het eerste oordeel (85-61) betrof de functie van medewerker kwaliteitscontrole laboratorium waarin bereidheid tot het werken in vierploegendienst noodzakelijk was, hetgeen nachtdiensten impliceerde. De Commissie verwees naar de toen nog in werking zijnde Arbeidswet 1919 en het daarin vervatte verbod op nachtarbeid van vrouwen en overwoog: “Wanneer een aan te stellen functionaris zijn werkzaamheden in drie- of vierploegendienst moet verrichten acht de Commissie het, gezien bovengenoemd verbod aanvaardbaar een dergelijke functie slechts open te stellen voor mannen; de Commissie acht in dat geval de functie geslachtsbepaald”.

De twee andere uitspraken werden – anticiperend – beoordeeld op basis van het WGB-besluit dat toen al de parlementaire behandeling was gepasseerd. Oordeel 88-24 betrof een vrouwelijke arts die uitdrukkelijk een vrouw zocht als assistente. De redenen van de arts hiervoor waren dat zij voornamelijk vrouwelijke patiënten aantrok, die zich dus kennelijk bij haar op hun gemak voelden, dat zij vooral neu-
raaltherapie deed hetgeen onder meer injecties in de gynaecologische ruimte of vaginale injecties inhield, en dat haar patiënten vaak met ontbloot bovenlichaam zitten. In deze casus verwees de CGB(oud) naar artikel 1 sub e van het (voorgeno-

253 *Kamerstukken II 1978/79*, 15 400, nrs. 1-4, p. 11 en 15.

254 Gerritsen 1987, p. 33-34.

men) besluit. Zij was van oordeel dat er in casu sprake was van geslachtsbepaaldheid vanwege de onder deze bepaling genoemde schaamtegevoelens. Van groot belang oordeelde de Commissie daarbij dat werkgeefster zelf een vrouw was, en dat zij onder meer juist die patiënten aantrok die zich om diverse redenen (bijvoorbeeld ernstige schaamtegevoelens) slechts door een vrouw willen laten behandelen. Tevens nam de CGB in aanmerking de in artikel 1 sub e van het besluit opgenomen voorwaarde dat de betrokken functie er ‘binnen het geheel van de arbeidsorganisatie’ toe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht. In dat kader overwoog de Commissie: “Mede gelet op de specifieke werkzaamheden van de te benoemen functionaris en het geheel van de arbeidsorganisatie waarin slechts een assistent(e) werkzaam is, acht de Commissie het toelaatbaar dat mannelijke kandidaten in dit geval bij voorbaat worden uitgesloten”.

In oordeel 88-33 ging het om de afwijzing van een vrouw voor de functie van bewaarder/badmeester in het gevangeniswezen op grond van het feit dat de functie onder meer inhield het visiteren van de gedetineerden. In beginsel zou er in dit geval weinig twijfel hoeven te bestaan over de vraag of de functie geslachtsbepaald was. Zowel in de wetsgeschiedenis van de WGB(oud) als in de nota van toelichting bij artikel 1 sub f van het (voorgenomen) besluit was visiteur/visiteuse als voorbeeld van een geslachtsbepaalde functie genoemd. Uit de casus blijkt evenwel dat het ministerieel beleid ter zake er op gericht was vrouwen niet uit te sluiten voor de functie van bewaarder/badmeester. Zij konden ook voor de functie worden aangenomen zolang het visiteren dan maar door mannen gebeurde.

De CGB(bod) gaf de wederpartij gelijk. Over de mogelijkheid het visiteren af te scheiden van de functie stelde de Commissie: “Van het bevoegd gezag kan naar het oordeel van de Commissie niet worden verlangd het visiteren van gedetineerden aan ander personeel op te dragen omdat voor dit onderdeel van de functie het geslacht bepalend is. Dan geldt voor de hele functie van bewaarder/badmeester dat het geslacht bepalend is”.

Dit oordeel vestigt, net als het daarvoor weergegeven oordeel 88-24, de aandacht op de zinsnede ‘binnen het geheel van de arbeidsorganisatie’ in de artikelen e en f van het besluit. In 88-24 is de toets aan dit criterium navolgbaar. In 88-33 is dat minder het geval. In casu gaat het om de vraag of een bepaald onderdeel van de in de functie uit te voeren werkzaamheden kan worden afgesplitst van de functie als zodanig. De toets van de Commissie lijkt in dit geval niet restrictief, ook al wordt het ministerieel beleid daarmee doorkruist.

Op een ander niveau is dezelfde kwestie aan de orde geweest. In 1987 deed de Centrale Raad van Advies voor het Gevangeniswezen, de Psychopatenzorg en de Reclassering een uitspraak op een klacht van een gedetineerde die na weigering – in verband met ernstige schaamtegevoelens – zich door een vrouw te laten visiteren, drie dagen disciplinaire straf kreeg opgelegd.²⁵⁵ De directeur van de inrichting stelde dat het organisatorisch ondoenlijk was om de visitatie structureel alleen door mannen te laten doen. Het bewakend personeel bestaat voor een kwart uit vrouwen en hun aantal zal eerder toe- dan afnemen. Daarom, maar ook vanwege principiële

255 Beroepscommissie 20 november 1987, *NJCM* 1989, p. 36-42 m.nt. Paul Vegter.

aspecten staat de directie op het standpunt dat elke bewaker m/v de bij de functie behorende taken moet kunnen vervullen, al wordt met een serieus verzoek van gedetineerden zo veel mogelijk rekening gehouden. De mogelijkheden daartoe zijn echter beperkt en daarom niet steeds realiseerbaar. De gedetineerden weten ook dat een vrouw misschien visiteert. De Beroepscommissie oordeelde dat visiteren een ernstige inbreuk is op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals vastgelegd in artikel 8 EVRM en 10 lid 1 GW. Weliswaar mag dat recht ingevolge artikel 15 lid 4 van de GW worden beperkt voor hen aan wie rechtmatig hun vrijheid is ontnomen, voor zover de uitoefening van dat recht zich niet met de vrijheidsbeneming verdraagt, doch dergelijke beperkingen behoren gedetineerden niet zwaarder te treffen dan door het doel van die vrijheidsbeneming en door een juiste tenuitvoerlegging daarvan is vereist, aldus de Beroepscommissie. De klacht werd, net als in eerdere instantie door de Beklagcommissie, gegrond verklaard.

Fundamenteel in deze uitspraak is het recht van gedetineerden te worden gesiteerd door iemand van het geslacht van hun voorkeur. Op de organisatorische aspecten gaat de Beroepscommissie niet in. Of de CGB(oud) van deze uitspraak op de hoogte was, is niet bekend. Het oordeel dat visiteren een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit is, is principieel juist. Maar het blijft de vraag of dat meebrengt dat de functie van bewaarder/badmeester daarom in zijn geheel een geslachtsbepaalde functie is.

Overige relevante oordelen

Twee oordelen uit het begin van deze periode zijn vooral interessant in het licht van latere ontwikkelingen, ook al werd in deze zaken niet onderzocht of er sprake was van een geslachtsbepaalde functie. In 83-65 ging het om een man die was afgewezen voor de functie van gezinshulp omdat een vrouwelijke cliënt van de werkgever niet door een man geholpen wilde worden. Het betrof verzorging van intieme aard. De CGB(oud) volstond in dit geval met de opmerking dat zij niet had vastgesteld dat een van de uitzonderingen – zonder ze te noemen – in het onderhavige geval van toepassing was. Legt men dit oordeel naast oordeel 88-24 (vrouwelijke arts vraagt vrouwelijke assistent) dan kan een aanzienlijke discrepantie tussen beide uitspraken geconstateerd worden.

Oordeel 85-96 betrof het niet-verlengen van het tijdelijk dienstverband van een jongerenwerkster in een jongerenopvoedingscentrum. De organisatie had liever een man vanwege het fysiek overwicht op de pupillen en daarom had men ook bij voorkeur een team waarin meer mannen dan vrouwen zaten. De CGB(bod) overwoog dat het vaststellen van een teamverhouding – welke dan ook – slechts dan geoorloofd is, indien aangetoond kan worden dat voor de goede vervulling van de functie eisen moeten worden gesteld waaraan uitsluitend personen van een bepaald geslacht kunnen voldoen. Van dit laatste was in casu geen sprake.

In beide zaken valt de restrictieve toets in het bijzonder op.

Constateringen, vragen en opmerkingen

In het algemeen gesproken kan geconstateerd worden dat de CGB(oud) in deze periode met name geconcentreerd is op een strikte uitleg. Wellicht vanuit de ge-

dachte dat het idee dat er geslachtsbepaalde functies bestaan, moet worden bestreden. In dat licht wekt het oordeel inzake de nachtarbeid zelfs enige verbazing. Ten tijde van dit oordeel bestond al het voornemen het verbod op nachtarbeid van vrouwen af te schaffen. Een verklaring kan zijn dat de Commissie niet op deze afschaffing vooruit wilde lopen.

Naast de principiële strenge opstelling van de Commissie was in deze periode natuurlijk ook relevant het gegeven dat er tijdens de parlementaire behandeling weliswaar concrete voorbeelden van geslachtsbepaalde functies waren gegeven, maar dat er geen criteria in abstracto waren ontwikkeld aan de hand waarvan kon worden nagegaan of een functie geslachtsbepaald was.

Op de strenge opstelling van de Commissie in die tijd is in de literatuur wel kritiek verschenen. Men name Gerritsen²⁵⁶ geeft aan dat zij de CGB(oud) wat al te rigoureuus vindt. Zij wijst in dat verband op oordeel 83-65 (man in gezinszorg waar vrouwelijke cliënt niet door een man geholpen wilde worden) en op oordeel 83-67 (koördirigent voor een amateur-mannenkoor). In het kader van eerstgenoemde zaak vraagt zij zich af of de wens van de vrouw niet gerespecteerd zou moeten worden, omdat dergelijke verzorging behoort tot de intieme levenssfeer van de vrouw. In het kader van laatstgenoemde zaak oppert zij dat het in casu gaat om wat mensen in hun vrije tijd doen en of hen dan niet de vrijheid gelaten kan worden bij hun (eventueel onredelijke) voorkeur voor een mannelijke dirigent.

Een conclusie kan dus zijn dat de open norm van die tijd alle ruimte gaf voor de opstelling dat er in feite geen enkele functie geslachtsbepaald was. Het leidt weinig twijfel dat de omslag van deze Commissie in de latere jaren het gevolg is van de discussies rondom de vraag of er wel of niet een lijst moest komen, hoe die lijst er moest uitzien, de adviezen van mede de CGB in dat kader en – ten slotte – het besluit zelf. Die omslag is het duidelijkst te constateren als de oordelen 83-65 (mannelijke gezinshulp) en 88-24 (vrouwelijke arts die vrouwelijke assistent zocht) naast elkaar worden gelegd. Het is zelfs de vraag of laatstgenoemd oordeel niet anders zou zijn uitgevallen als het besluit toen nog niet had bestaan.

7.4 WGB m/v (1989-1994)

Juridische context

De belangrijkste wijzigingen van de WGB m/v ten opzichte van de WGB(oud) betreffen de nieuwe bepalingen uit artikel 5 lid 3 sub a en b WGB m/v en het op artikel 5 lid 3 sub c gebaseerde WGB-besluit betreffende de beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is.

In het besluit komen duidelijk een paar thema's aan de orde die in de casussen onder de WGB(oud) naar voren kwamen. Daarbij is de opstelling van de CGB(oud en bod) soms wel en soms niet gevolgd. Zo is de situatie dat er een wettelijk verbod bestaat (zoals verbod op nachtarbeid in oordeel 85-61) verwerkt in artikel 1 sub g van het besluit en de mening over zwaar werk weliswaar niet in het besluit

256 Gerritsen 1987, p. 35.

zelf, maar wel in de nota van toelichting bij artikel 1 sub a van het besluit overgenomen met de opmerking dat ‘factoren als lichaamskracht en uithoudingsvermogen, waarover immers personen van beide geslachten kunnen beschikken’, in dit kader niet aan de orde zijn. De opvatting van de CGB(oud) met betrekking tot de samenstelling van het team zoals die blijkt uit oordeel 85-96 (jongerenwerker in jongerenopvoedingscentrum) wordt in de toelichting bij artikel 1 sub e nader genuanceerd als volgt: “De bepaling biedt daarnaast ook ruimte voor het streven binnen jeugdinternaten en vergelijkbare instellingen, een zeker evenwicht te bewaren tussen het aantal mannelijk en vrouwelijke groepsleiders, mits duidelijk vaststaat dat zulks zijn grond vindt in pedagogische overwegingen”.

Dat schaamtegevoelens een rol mogen spelen blijkt uit artikel 1 sub f van het besluit. De CGB(oud) had haar mening op dat punt in oordeel 83-65 (man afgewezen als gezinshulp) al bijgesteld in 88-24 (vrouwelijke arts zoekt vrouwelijke assistent). Tot slot blijkt expliciet uit de nota van toelichting bij artikel 1 sub e en f dat de wetgever, anders dan de CGB(oud) in 88-33, van oordeel is dat de geslachtsbepaaldheid van een onderdeel van het totale takenpakket van een functie niet zonder meer de hele functie geslachtsbepaald hoeft te maken. Gesteld wordt dat bij de afweging van de vraag of in een concreet geval sprake is van een geslachtsbepaalde functie “tevens moet worden betrokken de mogelijkheid om de werkzaamheden in de desbetreffende organisatie zodanig in te richten dat aan de voorwaarden voor een goede uitoefening van de aangeboden betrekking wordt voldaan zonder dat dit tot gevolg heeft (...) dat de betrekking slechts aan een persoon van een bepaald geslacht moet worden aangeboden”.

Een andere wijziging betrof de reikwijdte van de uitzondering voor geslachtsbepaalde functies. Zij was alleen nog maar van toepassing bij de toegang tot de dienstbetrekking en niet meer tijdens het hele traject van de arbeid.

Een laatste wijziging bestond uit een aanpassing van artikel 3 WGB(oud) en de toevoeging van de leden 3 en 4 zoals die thans luiden. Daarmee werd in feite de oordeelsvorming van de CGB(oud) gecodificeerd. Deze Commissie had in de loop der jaren voorschriften ontwikkeld over de correcte vormgeving van een advertentie.

De oordeelsvorming algemeen

De genoemde wijzigingen hadden geen invloed op de hoofdlijnen die in de WGB(oud)-oordelen waren uitgezet. De passieve opstelling bleef gehandhaafd. In een van de eerste WGB m/v-oordelen overwoog de CGB m/v expliciet dat zij van oordeel is “dat het op de weg ligt van degene die op zo’n uitzondering een beroep doet om aan te geven op welke argumenten deze, gelet op de AMvB is gegrond en ten minste aannemelijk te maken dat aan de daarin vervatte strenge eisen wordt voldaan” (90-13).

Ook het onderscheid tussen functievereisten enerzijds en geslachtsbepaaldheid anderzijds, bleef gehandhaafd. Voor zover het zwaar werk betrof, een hardnekkig gebruikt argument, lag dat voor de hand, gezien de nota van toelichting bij het besluit (vgl. 90-124, een oordeel waarnaar later vele malen (bv. 92-42 t/m 45, 94-03 en 94-37) en zelfs onder de AWGB wordt verwezen).

Dominant blijft ook de restrictieve toepassing, nu beperkt tot het besluit. Op basis van de wetsgeschiedenis van de WGB m/v verwoordt de CGBm/v dit aldus: “Uitzonderingen op het gebod van gelijke behandeling dienen in het algemeen restrictief uitgelegd te worden, teneinde te voorkomen dat dat gebod al te zeer wordt uitgehold. Dat geldt ook voor de onderhavige uitzonderingsgrond. Met andere woorden: bij de toetsing of een concreet geval valt binnen de termen van de uitzonderingen zoals de AMvB die uitwerkt, dient zorgvuldig bezien te worden of daarbij voldaan wordt aan alle daarin gestelde eisen” (90-13 en vele andere oordelen).

De overige vermelde wijzigingen hadden tot gevolg dat de taak van de CGB (m/v) in beginsel wat verlicht werd. De inperking van de reikwijdte van de uitzondering tot de toegang van de arbeidsverhouding bracht mee dat, in situaties waar de arbeidsrelatie met een man of een vrouw wordt beëindigd omdat de werkgever van oordeel is dat het voortaan een geslachtsbepaalde functie betreft, de Commissie slechts hoeft te oordelen dat deze uitzondering niet meer geldt bij ontslag. Onder de WGB(oud) was op dit punt overigens geen probleem gerezen, door de opstelling van de Commissie dat er geen sprake kan zijn van een geslachtsbepaalde functie als een vrouw het werk eerder had verricht. Een zelfde oordeel geeft de CGB(m/v) in 92-32. In andere gevallen echter gaat zij anders te werk, zoals hierna zal blijken.

Daarnaast bracht de ondubbelzinnigheid van de nieuwe leden 3 en 4 van artikel 3 WGB m/v met betrekking tot een correcte tekst voor een personeelsadvertentie mee dat een oordeel over een niet correcte advertentie slechts hoefde te luiden dat de advertentie niet voldeed aan de betrokken voorschriften en dat derhalve in strijd was gehandeld met de WGB. De vraag of een functie al of niet geslachtsbepaald was zou dan niet aan de orde hoeven te komen. Consequent is de CGB(m/v) hier niet mee. In veel oordelen komt de benadering overeen met de CGB(oud) die is beschreven als de passieve opstelling: de werkgever heeft geen beroep gedaan op de geslachtsbepaaldheid en ook de Commissie heeft daarvoor geen aanwijzingen (onder meer 90-14 en vele andere oordelen). Pas in een later stadium gaat de Commissie meer consequent over tot een formele toets aan de leden 3 en 4 van artikel 3 WGB.

Oordelen inzake geslachtsbepaaldheid

Hierna volgt een bespreking van die oordelen waarin expliciet getoetst werd aan een van de in artikel 5 lid 3 sub a of b WGB m/v, dan wel in het Besluit genoemde beroepsactiviteiten. Het betreft vier oordelen die onder artikel 1 sub e en f Besluit vielen (sub a) en een oordeel waarin werd getoetst aan artikel 5 lid 3 sub b WGB m/v (sub b).

a. Artikel 1 sub e en f Besluit

De al genoemde zaak 90-13 betrof een organisatie voor eerste medische opvang van asielzoekers die vrouwen wierf voor de functie van arts, maar in de praktijk alleen mannen bleek aan te nemen. Dit op grond van het argument dat men evenveel mannelijke als vrouwelijke artsen wilde omdat er intiem medisch onderzoek moest plaatsvinden waarbij sprake kon zijn van schaamtegevoelens. Mensen uit

sommige landen wilden daarbij per se niet door een man of een vrouw geholpen worden. Ook dienden soms de gevolgen van seksueel geweld van vrouwelijke vluchtelingen te worden behandeld. Verzoekster trok onderdelen van de argumentatie in twijfel. Zij stelde dat weliswaar inderdaad mannen uit sommige streken in Afrika alleen een mannelijk arts willen, maar dat dat sterk afhankelijk is van cultuur en klasse, terwijl als er geen keuze is, ze zich ook door een vrouw laten behandelen. De CGBm/v was van oordeel dat de wederpartij voldoende aannemelijk had gemaakt dat althans bij een deel van de vluchtelingen zodanige ernstige schaamtegevoelens kunnen leven dat hen een reële optie voor een arts met het geslacht van hun voorkeur moet worden geboden. Maar dat betekende volgens de Commissie nog niet dat alle artsfuncties in deze opvangcentra geslachtsbepaald van aard zijn. Dat hangt af van het aantal vluchtelingen en van de regio. Op grond van deze overweging en op grond van het feit dat de wederpartij had vermeld dat in noodgevallen wel artsen uit de regio worden ingeschakeld, komt de Commissie tot de conclusie dat een bepaald geslacht wel dringend wenselijk is, maar dat het onvoldoende aannemelijk is geworden dat het ook *noodzakelijk* (cursivering van de CGBm/v) is de betrokken functies door een persoon van een bepaald geslacht te laten vervullen. Derhalve kwam aan de wederpartij geen beroep toe op de geslachtsbepaaldheid van de functie.

De argumentatie van de wederpartij in deze casus kwam er in de kern op neer dat er een bepaalde m/v-verdeling in het team nodig was om m/v-taken te kunnen vervullen. Het besluit biedt daarvoor echter geen ruimte, behalve wanneer sprake is van jeugdhulpverlening. In dat geval mag blijkens de nota van toelichting bij het besluit gestreefd worden naar een evenwichtige teamsamenstelling “mits duidelijk vaststaat dat zulks zijn grond vindt in pedagogische overwegingen”. In deze casus ging het niet om een evenwichtige m/v verhouding. Men wilde minimaal zowel (een) man(nen) als (een) vrouw(en) in het team. Doorslaggevend voor het eindoordeel is dan ook een ander element uit het besluit, hoewel dat niet expliciet wordt gezegd: de mogelijkheid de werkzaamheden anders te organiseren. Dat is af te leiden uit de overwegingen met betrekking tot het feit dat er onder omstandigheden ook wel artsen (al naar behoefte mannelijk of vrouwelijk) uit de regio worden ingeschakeld en dat er niet bij alle asielzoekers een voorkeur voor een arts van een bepaald geslacht bestond. Ook speelde mee dat de m/v bezetting van de artsen nogal wisselde, evenals de bezetting aan asielzoekers, waardoor er geen standaard patroon was vast te stellen voor een juiste m/v verhouding onder de artsen.

In oordeel 90-117/118 speelde het volgende. Een gemeente had een project zelfverdediging voor meisjes opgezet en als docenten een man en een vrouw aangesteld. Na enkele jaren volgde een evaluatie waarbij werd geconcludeerd dat, ook al was op het functioneren van de man niets aan te merken, de functie van docent door een vrouw diende te worden vervuld. Op verzoek van de mannelijke docent die met ontslag werd bedreigd gaat de CGBm/v na of in casu aan alle eisen van de artikelen e en f van het Besluit is voldaan. Zij constateert echter dat de wederpartij in haar beleid en de daarop gebaseerde praktijk niet erg standvastig is. Zo zijn er in het onderwijs bijvoorbeeld wel mannelijk docenten die de zelfverdedigingslessen

verzorgen. Gezien deze omstandigheid vond de Commissie de geslachtsbepaaldheid van de functie niet aannemelijk.

Hoewel het in de hele casus niet expliciet wordt gezegd, is ook in deze zaak in essentie sprake van een veranderende opvatting bij de wederpartij: de functie van docent wordt van een niet geslachtsbepaald geachte functie een wel geslachtsbepaald geachte functie. De consequentie is dan in beginsel dat (in dit geval) de mannelijke docent ontslagen wordt. Een dergelijke ‘veranderende opvatting’ is niet voorzien bij alle discussies rondom geslachtsbepaalde functies tijdens het wetgevingsproces. Er is slechts gedacht aan volledig afschaffen van geslachtsbepaalde functies. De Commissie gaat op de hier te constateren andere teneur dan ook niet in.

In 91-06 ging het om de functie van waarnemend gemeentelijk ombudsman met voorkeur voor een man in verband met de evenwichtige samenstelling van het team, gezien de doelgroep. De gemeente stelde in dat verband dat klagers zowel mannen als vrouwen zijn, dat klagers niet altijd vriendelijk zijn, dat Moslimmannen of in het algemeen mannen van een ander geloof of uit een andere cultuur denken dat ze beter zaken kunnen doen met een man en dat vrouwen zich veiliger voelen met een man er bij. Het team bestond uit twee mannen en twee vrouwen, er was een man vertrokken en nu wilde men daarvoor in de plaats weer een man. De CGBm/v oordeelde in dit geval dat de gemeente spreekt van voorkeur voor een man, hetgeen meebrengt dat de functie niet per se door een man hoeft te worden vervuld. Daarom achtte de Commissie niet aannemelijk gemaakt dat er sprake was van een geslachtsbepaalde functie, zodat het beroep niet kan slagen.

Net als in 90-13 (artsen in asielzoekerscentrum) was het belangrijkste argument in deze zaak de evenwichtige teamsamenstelling. De Commissie gaat daar in dit geval echter niet op in, noch in positieve zin middels een verwijzing naar de mogelijkheid tot een andere organisatie van de werkzaamheden, noch in negatieve zin door er op de wijzen dat een evenwichtige teamsamenstelling geen argument kan zijn in deze tak van hulpverlening. De wijze van beoordeling kan meer gekarakteriseerd worden als ‘de passieve opstelling’: de geslachtsbepaaldheid was niet aannemelijk gemaakt.

Verder is deze zaak is een voorbeeld van een casus waarin de uitzonderingen voorkeursbeleid en geslachtsbepaaldheid bijna door elkaar heen lopen. Op dit probleem wordt teruggekomen in paragraaf 7.7.

Oordeel 94-40p ten slotte betrof een nieuw beleidsplan van een Stichting crisisopvang en begeleiding van vrouwen en hun eventuele kinderen (blijf-van-mijn-lief-huizen). In het nieuwe formatieplan voor het aanstellingsbeleid was als uitgangspunt opgenomen dat voortaan alleen vrouwen als hulpverlener konden fungeren. Een mannelijke hulpverlener die meende hierdoor wellicht – en op termijn – te worden ontslagen, wendde zich tot de CGB(m/v). Gezien de doelgroep en de problematiek (uitvoerig door wederpartij onderbouwd) achtte de Commissie het voldoende aannemelijk dat cliënten altijd een beroep moeten kunnen doen op een vrouw. Zij voegt echter toe dat dat nog niet wil zeggen “dat *alle* mentorfuncties naar hun aard geslachtsbepaald zijn, dat wil zeggen dat *alle* mentorfuncties door vrouwen zouden moeten uitgeoefend (cursiveringen van CGB). Het beroep op ge-

slachtsbepaaldheid van de functie kan alleen slagen indien en voor zover geen andere oplossingen kunnen worden gevonden om cliënten deze garantie te geven”. Dit resulteerde er in casu in dat ook verzoeker in aanmerking kon komen voor de functie van teamleider.

Ook in deze casus is sprake van een beweging van niet geslachtsbepaalde functies naar wel geslachtsbepaalde functies, dus van een veranderende opvatting. In dit geval wordt dat door de Commissie wel onderkend. In dat verband geeft de CGBm/v aan dat bij de gedachtevorming van de Europese Commissie en de nationale wetgever “vermoedelijk niet of onvoldoende is voorzien dat veranderende wetenschappelijke en professionele inzichten c.q. veranderende thematiek of cliëntèle mee kunnen brengen dat sommige beroepsactiviteiten die aanvankelijk door zowel mannen als vrouwen kunnen worden uitgeoefend later geslachtsbepaald kunnen worden beschouwd”. De Commissie ziet zich daardoor geplaagd voor de vraag hoe een dergelijke omslag moet worden gerealiseerd en zij overweegt dat een werkgever deze omslag slechts zou kunnen bewerkstelligen door op grond van een reorganisatie alle mannen te ontslaan en daarna alleen vrouwen aan te nemen. Maar dat is niet mogelijk omdat ontslag op grond van geslachtsbepaaldheid niet mogelijk is. Zo redenerend komt de Commissie tot de oplossing van wijziging van het takenpakket van de door (een) man(nen) verrichte mentorfunctie. Uiteindelijk berust het oordeel van de Commissie vooral op herorganisatie van de werkzaamheden, ook al blijkt dit slechts impliciet.

b. Artikel 5 lid 3 sub b WGB: geestelijk ambt

Oordeel 92-38 betrof een vrouw die niet werd toegelaten tot een R.K. diakenopleiding. De wederpartij motiveerde de niet-toelating met een beroep op de geslachtsbepaaldheid van de functie waarop de opleiding was gericht: een geestelijk ambt. De Codex schrijft voor dat alleen mannen tot diaken kunnen worden gewijd. De CGBm/v zag twee vragen in de casus: of diaken een geestelijk ambt is en of de opleiding daarvoor een beroepsopleiding is. De eerste vraag was door verzoekster en wederpartij niet betwist en ook de Commissie kwam tot de conclusie dat, gelet op de memorie van toelichting bij de WGB m/v en op de taken van een diaken, het ambt van diaken inderdaad een geestelijk ambt is. Met betrekking tot de tweede vraag had de wederpartij opgemerkt dat diaken geen beroep is en de opleiding daarvoor dus geen beroepsopleiding, zodat de Commissie niet bevoegd zou zijn. De Commissie stelde hier tegenover dat het geestelijk ambt in de wet als een beroepsactiviteit wordt aangemerkt en dat de opleiding daarvoor dus ook als een beroepsopleiding moet worden beschouwd. Op grond van dit alles luidde het eindoordeel van de Commissie dat het beroep op de geslachtsbepaaldheid in casu slaagt.

In theoretisch opzicht gaat het in deze casus om de vraag waar een evenwicht kan worden gevonden in de weging van het belang van het discriminatieverbod en de vrijheid van godsdienst. Een lastig probleem in dit wegingsproces is de vraag welke ruimte EG-richtlijn 76/207 laat voor de godsdienstvrijheid. In hoogste in-

stantie heeft de Hoge Raad over deze casus geoordeeld.²⁵⁷ Het arrest kwam er in wezen op neer dat de keuze wat dat betreft bij de wetgever is gelegd en dat de rechter zich aan deze keuze dient te conformeren.

Zoals eerder is opgemerkt, is het geestelijk ambt de enige geslachtsbepaalde functie die niet afhankelijk is van de concrete situatie. In dat verband kan men twijfels hebben ten aanzien van de kwestie of het geestelijk ambt wel als een geslachtsbepaalde functie moet worden gecategoriseerd. Het betreft veeleer een uitsluiting van de toepasselijkheid van de WGB m/v (vgl. ook par. 4.2).

Overige relevante oordelen

Afgezien van de besproken oordelen zijn er ook oordelen in deze periode verschenen waarbij de vraag gesteld kan worden waarom niet aan een van de bepalingen van het besluit werd getoetst. Zo betreffen de (tot één eindoordeel leidende) oordelen 90-39 t/m 108 advertenties van een bepaald ministerie voor functies in de EG-lidstaten, waarin niet expliciet om m/v wordt gevraagd. In de hele casus wordt niet een keer gerefereerd aan de uitzondering van artikel 1 sub h van het besluit.

Oordeel 92-32 betreft het niet aanstellen van een vrouw in een vacature voor een vrijgekomen plaats in een instelling voor jeugdhulpverlening, waar zij al geruime tijd tijdelijk, en naar tevredenheid, had gewerkt. Vanuit pedagogische overwegingen wilde men een evenwichtige m/v samenstelling van het team, en daarom werd voor een vaste aanstelling een man geprefereerd. Er wordt door de Commissie in deze zaak niet nagegaan of er in casu sprake is van een geslachtsbepaalde functie. De beginselopstelling van de Commissie is dat het geen geslachtsbepaalde functie kan zijn omdat de vrouw het werk al gedaan had. Overwegingen in dat verband zijn dat het “onbetwist is dat de functie (...) geen zogenaamd geslachtsbepaalde functie was” en dat in de onderhavige zaak “uitdrukkelijk geen beroep (is) gedaan op een mogelijke geslachtsbepaaldheid van de functie”.

De problematiek in deze zaak is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die in de oordelen 90-117/118 (docent zelfverdediging) en 94-40p (blijf-van-mijn-lijf-huis): de functies worden van niet-geslachtsbepaald wel-geslachtsbepaald. Het verschil is dat het in deze zaak niet gaat om een verander(en)de opvatting, maar om het gebruik maken een mogelijkheid die in de nota van toelichting bij het besluit wordt geboden door toe te staan dat uit pedagogische overwegingen in de jeugdhulpverlening een evenwichtige m/v verhouding na te streven (los van de vraag of het besluit daarmee blijkt gaf van een verander(en)de opvatting). De Commissie betreft dit alles echter niet in haar overwegingen. Bepalend voor het oordeel is de passieve opstelling (geen beroep op gedaan), gecombineerd met de restrictieve toets (de functie was al eerder door de vrouw vervuld). Een en ander geeft wellicht blijk van het feit dat de Commissie – geheel conform het uitgangspunt van de wetgever – vooral de concrete omstandigheden van het geval in aanmerking neemt.

In de literatuur is dit oordeel gelegd naast de latere uitspraak in 94-40p (blijf-van-mijn-lijf-huis). Gerritsen meent dat laatstgenoemde zaak het standpunt van de CGB in 92-32 aanzienlijk verzacht. Zij leest in 94-40p dat de Commissie aangeeft

257 HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330, m.nt Alkema.

dat de beperking van het beroep op geslachtsbepaaldheid van een functie tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst aanzienlijk is te omzeilen. Ook vraagt zij zich of het acceptabel is dat een functie na het aangaan van de arbeidsovereenkomst als geslachtsbepaald wordt bestempeld: “wie beweert dat iemand die een functie heeft vervuld hiertoe gezien zijn of haar geslacht niet in staat was spreekt zichzelf tegen”.²⁵⁸ Zij betreft hierbij echter niet de nota van toelichting bij het besluit.

Constateringen, vragen en opmerkingen

In deze periode werd van de vijf besproken zaken alleen de functie van diaken geslachtsbepaald geacht. Daarmee kan gesteld worden dat de restrictieve opstelling van de CGB(oud) door de CGBm/v ongewijzigd is overgenomen, ook al was er in deze periode door de duidelijker normstelling van het besluit wellicht meer ruimte om te concluderen dat een geslachtsbepaalde functie aan de orde is. Zelfs als de Commissie al in overweging zou willen nemen dat een functie geslachtsbepaald is, zoals bij de medische opvang voor asielzoekers en de blijf-van-mijn-lijf-huizen, komt zij tot constructies dat geslachtsbepaaldheid wel *wenselijk* is maar niet *noodzakelijk* of dat niet *alle* functies geslachtsbepaald zijn.

Bij de oordeelsvorming blijft de nadruk niet alleen liggen op de restrictieve toets maar ook op de passieve opstelling (90-117/118, 91-06), welke als impliciete boodschap naar de wederpartij heeft dat er goede argumenten op tafel moeten komen. De in het besluit en de nota van toelichting bij het besluit aangereikte – en als nieuw te beschouwen – toetsingscriteria worden door de Commissie daarentegen niet structureel gebruikt. De mogelijkheid tot (re)organisatie van de werkzaamheden speelt niet nadrukkelijk een hoofdrol in de oordelen inzake de artsen in asielzoekerscentra en de blijf-van-mijn-lijf-huizen en wordt in het geheel niet betrokken in de zaak van de gemeentelijk ombudsman. Anderzijds wordt het argument van de evenwichtige teamverhouding door de Commissie wel steeds min of meer in ogenschouw genomen, terwijl dat alleen zou mogen in zaken waar het jeugdhulpverlening betreft, zoals het geval was in 92-32.

Het valt voorts op dat de Commissie – zonder nadere motivering – steeds toetst aan de artikelen e en f van het besluit samen. Dit zou kunnen betekenen dat de Commissie die twee bepalingen niet uit elkaar kan halen omdat ze er geen verschil in ziet, of het verschil wel ziet maar het niet relevant acht. Dat zou kunnen meebrengen dat overwogen moet worden de beide bepalingen tot een bepaling te maken of dat in het besluit beter aangegeven moet worden wat het verschil is tussen beide bepalingen.

Al met al is vast te stellen dat (de nota van toelichting bij) het besluit vooralsnog geen grote rol speelt in de oordeelsvorming van de Commissie en dat de benadering van een zaak waar geslachtsbepaaldheid een rol speelt, door de Commissie niet erg consistent is. De vraag is of dat veroorzaakt wordt door het feit dat de Commissie de concrete omstandigheden als oriëntatiepunt heeft of door de passieve opstelling van de Commissie.

258 Gerritsen 1994.

Voor wat de casuïstiek betreft blijkt dat de meeste oordelen spelen in de hulpverlening in ruime zin. Hetgeen de vraag oproept of in deze sector de problematiek inzake geslachtsbepaalde functies het meest pregnant aanwezig is, dan wel of de criteria die voor deze sector gelden het meest onduidelijk zijn. In drie zaken was verder sprake van een situatie waar een functie van niet geslachtsbepaald overging in een geslachtsbepaalde functie, en dat in beginsel op geoorloofde gronden. De niet-toelaatbaarheid van ontslag op grond van een geslachtsbepaalde functie staat hier enigszins haaks op de toelaatbaarheid van de geslachtsbepaalde functie.

7.5 WGB m/v en AWGB (1994-heden)

Juridische context

Met de invoering van de AWGB veranderde ook de juridische context van de WGB/mv weer enigszins. In de eerste plaats is door de opbouw van de AWGB de uitzondering geslachtsbepaaldheid weer van toepassing op het gehele traject van de arbeid. Aangezien echter de AWGB voor m/v-onderscheid in artikel 4 lid a het primaat geeft aan de WGB m/v, is dit alleen van belang voor arbeidsverhoudingen die niet onder de WGB, maar onder de AWGB vallen. Zij komen maar zeer zelden voor. Desondanks moet deze ‘de jure’ situatie in strijd geacht worden met richtlijn 76/207; de uitzondering voor geslachtsbepaaldheid is immers slechts van toepassing bij de toegang tot de arbeid.

Een tweede punt betreft het gegeven dat het aantal persoonskenmerken op grond waarvan geen onderscheid mag worden gemaakt, in de AWGB is uitgebreid met onder meer ras/etnische afkomst. Voorts betreft het verbod van onderscheid in de AWGB niet slechts het terrein van de arbeid maar ook het terrein van het aanbod van goederen en diensten. In samenhang met deze uitbreidingen kwam ook onder de AWGB een besluit tot stand dat de uitzonderingen die gemaakt mogen worden omschrijft (vgl. par. 3.7). Voor het kenmerk geslacht zijn er uitzonderingen op het gebod van gelijke behandeling bij het aanbieden van goederen/diensten en voor ras enkele bepalingen inzake de arbeid enerzijds en het aanbieden van goederen/diensten anderzijds. In beginsel heeft dit slechts zijdelings te maken met het onderwerp van deze studie, maar in een enkel geval lopen de diverse aspecten samen.

De oordeelsvorming algemeen

Afgezien van genoemde wijzigingen zet de CGB onder de AWGB de grote lijnen van de oude jurisprudentie onverkort voort. De lijdelijke opstelling blijft gehandhaafd. Het verschil tussen functie-eisen enerzijds en geslachtsbepaaldheid anderzijds komt tot uitdrukking in de oordelen 94-03, 95-01, 95-12, 95-46, 95-53; 99-42 (alle zwaar werk). Ook oordeel 96-50 valt in deze categorie. Het betrof een casus waar een man voor de functie van receptionist werd gezocht omdat er omgegaan moest worden met dronken gasten en passanten. De Commissie overweegt hieromtrent dat men niet van een bepaald geslacht hoeft te zijn om adequaat om te gaan

met dronken gasten of andere moeilijke personen. Er zullen zowel mannen als vrouwen zijn die met dergelijke personen weten om te gaan, aldus de CGB.

De restrictieve toets wordt zichtbaar op de diverse al bekende wijzen. Van een geslachtsbepaalde functie is geen sprake als de werkgever zelf zegt dat de functie niet geslachtsbepaald is (97-20), als een vrouw het werk al een tijdje deed (96-72), of als de redenen/argumenten van de wederpartij niet in artikel 5 lid 3 sub a en b of in het WGB-besluit zijn genoemd, zoals het niet hebben van aparte m/v sanitaire voorzieningen (96-112), mogelijke gezinsomstandigheden (97-12) of een betere telefoonstem (96-101).

Een vaste koers gaat de CGB varen in de benadering van zaken betreffende niet correcte personeelsadvertenties. Consequent oordeelt zij dat de advertentie in strijd is met artikel 3 lid 2 WGB omdat daarin niet expliciet is vermeld dat de uitzondering van toepassing was. Niet meer wordt nagegaan of de aangeboden functie wellicht geslachtsbepaald was.

Daarnaast lijkt het of de nieuwe CGB gaandeweg sneller een bepaling van het besluit noemt waarop de argumenten van de wederpartij betrekking zouden kunnen hebben en sneller een serieus onderzoek instelt inzake de vraag of de bewuste bepaling van toepassing is. Zeker zijn er vergeleken met de vorige periodes de meeste oordelen over geslachtsbepaaldheid.

Oordelen inzake geslachtsbepaaldheid

In de bespreking hieronder worden de meest relevante zaken gebundeld behandeld aan de hand van de uitzondering waarop een beroep werd gedaan.

Het merendeel van de zaken werd beoordeeld op basis van artikel 1 sub e van het WGB-besluit. Zij speelden alle in de hulpverlening. Daarnaast waren er vijf zaken waarin een beroep op een van de overige benoemde geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten werd gedaan: respectievelijk artikel 1 sub a, 1 sub f, 1 sub i van het WGB-besluit en artikel 1 sub b van het AWGB-besluit.

a. Toets aan artikel 1 sub e WGB-Besluit

Een toets aan artikel 1 sub e van het besluit was aan de orde in zaken waar het ging om hulpverlening in de ruimste zin. In volgorde van behandeling gaat het om: jeugdhulpverlening, hulpverlening voor/aan allochtone bevolkingsgroepen, gezondheidszorg en overige hulpverlening. Zij worden gegroepeerd behandeld omdat het besluit aanleiding geeft verschillende criteria te hanteren al naar gelang de soort hulpverlening die in het geding is.

In zijn algemeenheid geldt dat de CGB in al deze zaken aan de standaard-overwegingen met betrekking tot de restrictieve uitleg enkele zinnen uit de nota van toelichting bij het besluit toevoegt “de categorie van beroepsactiviteiten onder artikel 1 sub e van de AMVB wordt beperkt door de objectiveerbare eis dat de goede uitoefening van de bewuste beroepsactiviteiten uitsluitend kan geschieden door personen van een bepaald geslacht, terwijl dit gegeven in het geheel van de activiteiten van de betreffende arbeidsorganisatie ook een zodanige betekenis moet hebben dat daaruit consequenties getrokken moeten worden door het aanbieden van de betrekking aan een persoon van een bepaald geslacht”. Volgens de Commissie

vloeit daaruit voort dat in deze afweging derhalve tevens moet worden betrokken “de mogelijkheid om de werkzaamheden in de betreffende arbeidsorganisatie zodanig in te richten dat aan de voorwaarden voor een goede uitoefening van de aangeboden betrekking wordt voldaan zonder dat dit tot gevolg heeft dat een betrekking slechts aan een persoon van een bepaald geslacht moet worden aangeboden”. Hiermee citeert de Commissie een passage uit de nota van toelichting bij het besluit.

Met deze opmerkingen lijkt het of de Commissie explicieter dan onder de WGB m/v de mogelijkheid tot het anders organiseren van de activiteiten in haar overwegingen betreft.

De gegeven citaten behelzen extra toetsingscriteria, zij worden op hun beurt standaardoverwegingen (zie 95-62, 96-41, 96-72, 97-51, 97-52, 97-53, 98-127 en 99-53).

Jeugdhulpverlening

Drie zaken betroffen de jeugdhulpverlening. Het ging om functies in een medisch kleuterdagverblijf (95-62), en in instellingen voor residentiële jeugdhulpverlening (96-41 en 98-127) Deze zaken worden samengenomen omdat de casus overeenkomt. Er werd bij de werving van nieuw personeel te kennen gegeven dat men (een) man(nen) wilde. In alle drie de gevallen werd betoogd – zij het op verschillende wijze – dat deze wens werd ingegeven door het streven een teambezetting te hebben die voor 50% uit vrouwen, en voor 50% uit mannen bestond. Daarbij werd gesteld dat in beginsel de functie als zodanig niet geslachtsbepaald was maar dat de teamsamenstelling van het moment meebracht dat er in casu sprake was van een geslachtsbepaalde functie. Er waren meer vrouwen die zich tot deze soort hulpverlening aangetrokken voelden en er was tekort aan mannelijke medewerkers. De evenwichtige m/v verhouding in het team diende ter nabootsing van de gezinssituatie, overigens zonder dat dit een waardeoordeel inhield over traditionele of niet traditionele gezinnen. Maar vanuit de visie op de hulpverlening aan het kind en het gezin was het in deze tak van zorg gemeengoed te streven naar een nabootsing van het gezinssysteem. Voor het belang van het kind dient identificatie met en imitatie van zowel een man als een vrouw plaats te kunnen vinden.

In alle drie de zaken voegt de CGB aan de toetsingscriteria nog een extra criterium toe, eveneens ontleend aan de nota van toelichting bij het besluit en betrekking hebbend op de teamsamenstelling: “genoemde nota van toelichting stelt tevens dat de bepaling ruimte biedt voor het streven, binnen jeugdinternaten en vergelijkbare instellingen, een zeker evenwicht te bewaren tussen het aantal mannelijk en vrouwelijke groepsleiders, mits duidelijk vaststaat dat zulks zijn grond vindt in pedagogische overwegingen”.

Aan de hand van al de standaardoverwegingen toetst de Commissie in alle drie de zaken systematisch achtereenvolgens of de betrokken functie een beroepsactiviteit betreft zoals bedoeld in artikel 1 sub e Besluit en of de betrokken instelling een met een jeugdinternaat vergelijkbare instelling betreft zoals bedoeld in de nota van toelichting bij de AMvB. Na een bevestigend antwoord gaat de Commissie na of de geslachtsbepaaldheid van de functie gegrond is in pedagogische overwegin-

gen en of de argumenten ter zake overtuigen. De laatste toets leidde ertoe dat het eindoordeel in de drie zaken niet overeenkomt. De argumenten in de zaken 95-62 en 98-127 overtuigden de CGB wel, maar de argumenten in 96-41 niet.

De verschillende uitkomsten in deze oordelen leiden tot de vraag of er sprake is van discrepantie tussen de uitspraken. Het negatieve oordeel in 96-41 werd vooral veroorzaakt doordat de argumenten van de wederpartij wat summier waren. Die wederpartij was in casu niet de potentiële werkgever maar een wervings- en selectiebureau. Dit bureau stelde kort dat de groepsleiders binnen teamverband zorgen voor de kinderen en dat deze teams, om de kinderen in aanraking te brengen met een zo realistisch mogelijk opvoedingsbeeld, bij voorkeur voor 50-50 uit m/v bestaan. In reactie hierop overwoog de CGB dat de wederpartij vanwege de algemeenheid van haar stelling onvoldoende aangaf welke pedagogische overwegingen bij de onderhavige functies nopen tot geslachtsbepaaldheid van de functies. Onder verwijzing naar oordeel 95-62 stelde de Commissie dat zij niet uitsloot dat de bedoelde pedagogische overwegingen aanwezig kunnen zijn, maar dat in casu een nadere onderbouwing ontbrak, dat om een dergelijke onderbouwing al eerder was gevraagd en dat het bureau toen slechts had geantwoord dat het geen meer relevante en compacte onderbouwing kon geven en de namen van haar opdrachtgevers niet aan de Commissie wilde doorgeven.

Het lijkt duidelijk dat de CGB het zwaartepunt legt bij de kwaliteit van de argumenten van de wederpartij. Het is echter de vraag of dat onvermijdelijk is. Weliswaar dient de Commissie te oordelen aan de hand van de concrete omstandigheden, maar in de betrokken casussen liepen die concrete omstandigheden niet uiteen. Zou dan niet mogen gelden dat wat voor de ene instelling geldt (en door de CGB is geaccepteerd), voor de hele sector mag gelden zolang de m/v verhoudingen niet zijn zoals men (mag) nastreeft (nastreven)?

Hulpverlening onder allochtone bevolkingsgroepen

Vier zaken betroffen hulpverlening die mede of heel specifiek gericht is op allochtone bevolkingsgroepen. Zij hadden betrekking op respectievelijk de volgende functies: migrantenopbouwwerker onder Marokkanen (96-72), jongerenwerker voor Marokkaanse jongeren (97-51), en maatschappelijk werker (97-52 en 99-31). Ook hier kwamen de casusposities overeen. In alle gevallen wilde men een man. Tevens werd gevraagd om mannen van Marokkaanse (96-72 en 97-51), Turkse (97-51), of allochtone (99-31) afkomst). De bespreking beperkt zich hier evenwel tot de vraag of in casu sprake was van een geslachtbepaalde functie. In paragraaf 7.6 wordt teruggekomen op de mogelijke rasbepaaldheid van de functie.

Ook hier was de uitkomst niet eender. De kern van de argumenten van drie van de vier werkgevers berustte op een bepaalde m/v verhouding voor zover het de allochtone medewerkers in het team betrof (96-72, 97-52 en 99-31). In 96-72 en 99-31 slaagde dat niet. In 96-72 weersprak een door verzoekster meegebrachte getuige-deskundige de geslachtsbepaaldheid. Relatieopbouw met de Marokkaanse mannenwereld zou niet afhankelijk zijn van het geslacht van de medewerker, maar van zijn of haar expertise en kwaliteiten. De Commissie was van oordeel dat de uitgangspunten van de wederpartij, gezien ook de verklaring van de getuige-des-

kundige, een vooroordeel inhielden. Bovendien was de functie wel eens door een vrouw vervuld geweest, hetgeen geen problemen had opgeleverd. Op deze grond kon een beroep op de geslachtsbepaaldheid van de functie niet slagen. In 99-31 slaagde het beroep de geslachtsbepaaldheid in verband met de gewenste m/v samenstelling van het team niet op praktische gronden. De actuele m/v verhouding was 40-60. Die verhouding achtte de Commissie niet dermate scheef “dat aangenomen moet worden dat het uitoefenen van het totale pakket werkzaamheden in het gedrang komt als er geen man zou kunnen worden aangesteld”.

In 97-52 slaagde het beroep op de geslachtsbepaaldheid wel. De Commissie onderschreef hier het uitgangspunt van de wederpartij “dat in beginsel iedere maatschappelijk werker iedere cliënt hulp verleent, ongeacht sekse of etnische afkomst. Dat neemt niet weg dat er zich met name op het persoonlijke vlak of in de privésfeer situaties kunnen voordoen die tot een hulpvraag leiden en waarbij de keuze voor intake of begeleiding door een maatschappelijk werker van een bepaald geslacht de enige adequate vorm van hulpverlening is”.

In oordeel 97-51 (waar geen beroep was gedaan op de samenstelling van het team) onderbouwde de wederpartij aan de hand van een onderzoeksrapport de noodzaak dat het werk door een man werd verricht. Uit dit rapport bleek dat de ervaring had geleerd dat alleen een Marokkaanse man een vertrouwensband met Marokkaanse jongens kon opbouwen. Dat overtuigde de Commissie zonder meer, zodat het beroep op de geslachtsbepaaldheid van de functie door de Commissie werd gehonoreerd.

Deze zaken roepen diverse vragen op. In de eerste plaats het feit dat de CGB wel serieus ingaat op argumenten die de samenstelling van het team betreffen, terwijl dat bij deze tak van hulpverlening geen argument kan zijn. Anderzijds is het natuurlijk wel zo dat de samenstelling van het team van belang is voor de vraag of de werkzaamheden anders kunnen worden georganiseerd. Er zullen toch minstens zowel mannen als vrouwen in het team moeten zitten om te kunnen organiseren dat de geslachtsbepaalde taken door een man of een vrouw worden verricht.

Een ander punt is dat ook in deze zaken, net als in de zaken betreffende de jeugdhulpverlening, de indruk ontstaat dat het eindoordeel wordt bepaald door de kracht van de argumenten van de wederpartij. Met name lijkt de Commissie onder de indruk van een onderzoeksrapport als in oordeel 97-51 werd overgelegd. Wellicht hangt dit samen met het feit dat de wensen van de doelgroep mogelijk op vooronderstellingen gebaseerd zijn, zoals wordt gesteld in oordeel 96-72, terwijl van een onderzoeksrapport verwacht kan worden dat dergelijke vooroordelen op hun waarheidsgehalte zijn onderzocht.

Voorts lijkt het dat de benadering van een zaak door de Commissie in hoge mate bepaald wordt door hetgeen voor het overige door partijen wordt aangevoerd, wellicht vanuit de plicht tot oordelen aan de hand van de concrete omstandigheden. Tot een systematische en inzichtelijke toets aan de elementen van artikel 1 sub e van het besluit en de nota van toelichting leidt dit echter niet. Evenmin wordt systematisch door de Commissie gekeken of er binnen het geheel van de arbeidsorganisatie oplossingen kunnen worden gevonden. Dat was slechts summier het geval in 99-31, maar niet in de andere zaken.

Gezondheidszorg

Oordeel 97-53 betrof de vraag van een organisatie voor borstkankeronderzoek of het in strijd was met de WGB voor de functie van laborant bevolkingsonderzoek borstkanker een man aan te stellen op tijdelijke basis, terwijl een vrouw voor onbepaalde tijd zou zijn aangesteld. De functie werd uitsluitend door vrouwen vervuld, maar de organisatie had een geschikte mannelijke kandidaat met veel ervaring als laborant in een ziekenhuis. Uit een bij de Commissie overgelegd onderzoeksrapport bleek echter dat een mannelijke laborant een negatief effect zou kunnen hebben op de bereidheid van vrouwen om mee te werken aan het vrijwillig onderzoek naar borstkanker. Ook was de organisatie van mening dat er in ieder geval een vrouw beschikbaar moest zijn voor het geval een vrouw per se door een vrouw geholpen wilde worden. Anderzijds zou het positioneren van vrouwen voor de foto als zodanig als een afzonderlijke taak kunnen worden opgedeeld, maar dat zou organisatorisch lastig zijn en extra kosten meebrengen. Gezien dit alles wilde men de man eerst op tijdelijke basis aanstellen.

De CGB was met name overtuigd door de mogelijke afname van deelname aan het onderzoek, gelet op de wenselijkheid dat alle vrouwen meedoen, ook allochtone of orthodox-kerkelijke vrouwen. In dat licht, alsook met een beroep op veranderende tijden, overwoog de Commissie dat het eventuele in dienst nemen van een mannelijke laborant door verzoekster als een positief te waarderen experiment moest worden beschouwd, “waaraan echter niet reeds nu de consequentie behoeft te worden verbonden dat de functie van laborant als niet (meer) geslachtsbepaald beschouwd moet worden”. Het eindoordeel van de CGB luidde uiteindelijk dat de functie van radiodiagnostisch laborant als een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit mag worden beschouwd. De organisatie “handelt niet in strijd met de wetgeving gelijke behandeling wanneer zij aan een mannelijke kandidaat, mede op grond hiervan, een functie voor bepaalde tijd aanbiedt”.

In dit oordeel is de vraag aan de orde of een geslachtsbepaalde functie een niet geslachtsbepaalde functie kan worden. Dat het een geslachtsbepaalde functie betreft lijkt zowel voor verzoeker als voor de Commissie vanzelfsprekend. In het oordeel wordt dat door de Commissie ook niet onderzocht. Het oordeel concentreert zich meer op de vraag of het aanstellen van een man meebrengt dat de functie voortaan voorgoed een niet-geslachtsbepaalde functie wordt.

Het blijkt dat ook voor deze uitspraak met name beslissend was het onderzoeksrapport inzake de te verwachten effecten. De CGB gaat wel in op de kwestie van de organisatie van de taken, zoals door verzoeker aangevoerd. Zij constateert echter slechts het kostenaspect en laat het daarbij. Betekent dit dat de CGB meent dat de organisatorische aspecten zich slechts lenen voor een marginale toets dan wel dat een beroep op de kosten van een organisatiewijziging een voldoende argument wordt geacht om deze mogelijkheid buiten de oordeelsvorming te laten?

Overige hulpverlening

Onder ‘overige hulpverlening’ wordt de casus geschaard waarin een vrouw werd afgewezen voor de functie van woonbegeleider voor ex-drugsverslaafden (99-97). De wederpartij gaf hiervoor (onder meer) als reden de samenstelling van het team.

Die zou een afspiegeling dienen te zijn van de doelgroep die voor 80% uit mannen bestaat, terwijl ongeveer 70% van het personeel vrouw was. Seksespecifieke hulpverlening zou hier aangewezen zijn omdat een deel van de doelgroep seksueel getraumatiseerd is ofwel dader van seksuele delicten. De CGB was echter van mening dat de wederpartij niet nader onderbouwd had dat het in het kader van deze hulpverlening noodzakelijk is om tegemoet te komen aan de eventuele behoefte bij mannelijke cliënten om te worden begeleid door iemand van hetzelfde geslacht. De wederpartij had ook zelf aangegeven dit niet hard te kunnen maken op basis van wetenschappelijk onderzoek. Derhalve kwam het eindoordeel te luiden dat de functie van woonbegeleider niet geslachtsbepaald is.

b. Toets bij overige categorieën beroepsactiviteiten

Artikel 1 sub a WGB-besluit

Een toets aan artikel 1 sub a van het Besluit werd verricht in een casus waar in het kader van een reorganisatie van een conservatorium de mannelijke zangdocent wel, maar de vrouwelijke zangdocente niet mocht blijven (99-50/51). Tot die toets kwam de CGB omdat de argumenten van de wederpartij de richting opgingen van een geslachtsbepaalde functie, terwijl het onduidelijk bleef om welke van de functies uit artikel 5 lid 3 WGB of het besluit het precies ging. De Commissie liep daartoe de diverse uitzonderingen na. Zo wijst zij op artikel 5 lid 3 sub b WGB, op beroepsactiviteiten in het kader van persoonlijke dienstverlening of hulpverlening en op de ten behoeve van opvoedingssituaties in het leven geroepen uitzondering. Onderwijs echter valt in zijn algemeenheid niet onder de artikelen 1 sub b tot en met e van het Besluit, aldus de CGB. Zo resteerde slechts de mogelijkheid om het beroep op de geslachtsbepaaldheid te kwalificeren als een beroep op artikel 1 sub a van het Besluit. De Commissie was echter van oordeel dat de wederpartij er niet in geslaagd was aannemelijk te maken dat daarvan in casu sprake was. Alle argumenten van de wederpartij worden zorgvuldig nagelopen en in dat verband noemde de CGB dat er geen verklaringen van medici over lichamelijk oorzaken zijn overgelegd, dat er wel verklaringen zijn overgelegd over de wenselijkheid van een gemengd m/v docentenkorps, dat er geen verklaringen zijn dat er een onmogelijke situatie ontstaat als er alleen een vrouwelijke zangdocente beschikbaar is, dat het niet aannemelijk is dat studenten de voorkeur geven aan een docent van een bepaald geslacht, en dat in de praktijk nimmer m/v gescheiden is aangeworven voor de functie van zangdocent en dat zowel mannen als vrouwen met succes die functie hebben vervuld. Het eindoordeel laat zich raden: de functie van zangdocent werd geen geslachtsbepaalde functie geacht.

Deze casus betreft een ontslagzaak en het verbaast dan ook enigszins dat de CGB tot zo'n uitvoerig oordeel komt. Zij had immers kunnen volstaan met de opmerking dat van de geslachtsbepaaldheid van een functie slechts sprake kan zijn bij het aangaan van een dienstbetrekking. De Commissie omzeilt dit evenwel door (niet nader gemotiveerd) te stellen dat de AWGB van toepassing is. Daarmee is in casu de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten ook van toepassing bij het einde van de dienstbetrekking. Maar ook het uitgangspunt dat de

AWGB van toepassing is verbaast, het ging om een privaatrechtelijke dienstbetrekking.

Los hiervan lijkt het of de Commissie bevestigt hetgeen hiervoor al is gesignaleerd: dat zij overtuigd wordt door onderzoeksrapporten. Zij noemt uitdrukkelijk op welke punten ‘verklaringen’ van deskundigen al of niet ontbreken’.

Artikel 1 sub f besluit

Oordeel 99-90 betrof een detailhandel in artikelen voor baby’s en aanstaande moeders die expliciet vroeg om verkoopsters (dus vrouwen) en expeditiemedewerkers (dus mannen). Die opstelling verdedigde de wederpartij door te wijzen op het feit dat enerzijds de cliëntèle geen man wil omdat er ook positiekleding en voedingsbeha’s moeten worden gepast en anderzijds expeditiewerk zwaar werk is dat niet door vrouwen kan worden verricht. Voor wat betreft het zware werk lag de reactie van de CGB voor de hand: zwaar werk maakt het geslacht niet bepalend voor de functie, aldus de nota van toelichting bij het Besluit alsook de vaste oordeelsvorming van de Commissie. Voor wat betreft de functie van verkoopster toetste de Commissie aan artikel 1 sub f van het Besluit. De CGB overweegt daaromtrent dat zelfs als de noodzaak van het vervullen van een bepaalde functie door een vrouw aannemelijk is gemaakt, dit nog niet hoeft te betekenen dat de onderhavige functie geslachtsbepaald is in de zin van de wet. Het is immers denkbaar dat mannelijk personeel wordt ingezet voor de verkoop van babykleding en -meubels, en vrouwelijk personeel voor de verkoop van bijvoorbeeld de positiekleding. Gezien echter de beperkte personeelsbezetting van de betrokken winkel (drie personen) acht de CGB dat in dit geval niet goed uitvoerbaar en niet bevorderlijk voor de klantenbinding. In casu oordeelde de Commissie derhalve dat er sprake was van een geslachtsbepaalde functie.

In deze zaak kijkt de Commissie wel uitdrukkelijk naar de mogelijkheid die de organisatie biedt om de geslachtsbepaaldheid van de functie te ondervangen. In casu acht zij het echter praktisch niet uitvoerbaar vanwege de beperkte personeelsbezetting.

Artikel 1 sub i Besluit

Oordeel 2000-38 is expliciet gericht op artikel 1 sub i van het Besluit, waarin de Minister van Defensie de bevoegdheid krijgt beroepsactiviteiten bij de Krijgsmacht aan te wijzen als geslachtsbepaald. In het kader van die bevoegdheid is nooit een schriftelijk vastgelegd besluit genomen, maar het beleid ter zake blijkt uit diverse kamerstukken en is verwoord in een voorlichtingsbrochure ‘De Marine in beeld’ van het Ministerie van Defensie. Het beleid komt er op neer dat vrouwen niet worden toegelaten tot functies bij het Korps Mariniers en bij de onderzeedienst. De procedure was in feite een testcase, bedoeld om de door de Minister gehanteerde argumenten voor deze uitsluitingen op hun legitimiteit te (laten) onderzoeken, mede in het licht van de onder artikel 9 lid 2 van EG-richtlijn 76/207 bedoelde evaluatie. De argumenten van het Ministerie komen er voor wat betreft het Korps Mariniers op neer dat de lichamelijke eisen voor deze eenheid zo hoog zijn dat bijna geen vrouw door de selectie zou komen. Het percentage vrouwen binnen de een-

heid zou dientengevolge zeer klein zijn, hetgeen ongewenst wordt geacht, terwijl bovendien tijdens acties en trainingen niet voorzien kan worden in gescheiden sanitaire voorzieningen. Het Ministerie voelde zich in deze bovendien gesteund door de uitspraak van het HvJEG in het arrest *Sirdar*²⁵⁹ (zie Hoofdstuk 2). Inzake de functies bij de Onderzeedienst werd het mogelijk ontstaan van spanningen tengevolge van het ontbreken van m/v gescheiden was- en sanitaire voorzieningen en de kosten van het aanbrengen daarvan, de kleine oppervlakte, en de langdurigheid van dit gedwongen gebrek aan privacy als argument genoemd. De Commissie liep al deze argumenten na, was het met het merendeel daarvan eens en oordeelde mede op basis van het arrest *Sirdar* dat de wederpartij niet handelde in strijd met artikel 3 lid 2 WGB.

Artikel 1 sub b AWGB-besluit

In oordeel 95-55 gaat het om een vrouw die niet wordt aangenomen bij een bedrijf dat chemicaliën produceert, waaronder lood, op basis van het argument dat blootstelling aan lood of loodverbindingen bijzondere medische risico's voor vrouwen meebrengt. De wederpartij was zich weliswaar bewust van de verplichting tot het treffen van maatregelen die bescherming tegen die blootstelling moeten bieden, en had daartoe ook een aantal stappen genomen, maar voldoende was dat niet en meer stappen lagen niet in het verschiet. Het bedrijf is vrij oud, het wordt mogelijk verhuisd of verbouwd en bovendien is lood een eindig product waardoor de loodverwerkende industrie op termijn (ongeveer twintig jaar) een aflopende zaak is. Het verminderen van de blootstelling was ook niet tegen te gaan door een aanstelling op parttime basis of fulltime in combinatie met een andere functie in het bedrijf, omdat het gezondheidsrisico niet wordt niet bepaald door de tijdsduur van de blootstelling maar door de blootstelling als zodanig. De CGB toetst niet aan een van de bepalingen van artikel 5 lid 3 WGB of het WGB-besluit, maar aan artikel 1 sub b van het AWGB-besluit. Zij komt tot de conclusie dat de wederpartij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij voor de huidige stand van zaken de beschermende maatregelen heeft getroffen die redelijkerwijs van haar kunnen worden verwacht, zodat in casu kan worden gesproken van een geslachtsbepaalde functie. De Commissie wijst er echter wel op dat die conclusie mede is gebaseerd op de verwachting van de tijdelijkheid van de onderhavige productieproblematiek en dat haar mening wel eens anders kan komen te luiden als mocht blijken dat loodverwerking toch een voortdurend proces is.

Deze casus vestigt de aandacht op een kwestie die in de periode van de behandeling van de WGB(oud) elders aan de orde is gesteld²⁶⁰ en daarna een heel apart traject is gaan vormen dat een beetje buiten focus is geraakt, maar in feite nog actueel is. Het betreft van oudsher bestaande beschermende maatregelen voor vrou-

259 HvJEG 26 oktober 1999 (*Sirdar*), *JAR* 1999, 279.

260 Zie Emancipatienota 'Proces van verandering en groei', *Kamerstukken II* 1978/79, 14 496, verslag OCV, p. 36 en 45; zie voorts onder meer de Parlementaire behandeling van de Arbeidsomstandighedenwet en de Regeringsnota 'Vrouwen en kwaliteit van de arbeid', *Kamerstukken II* 1987/88, 20 375.

wen die los staan van bescherming in verband met zwangerschap en bevalling. Het was al lang bekend dat lood de voortplantingscapaciteit van vrouwen aantast. Verboden voor vrouwen om met lood te werken waren gemeengoed. De oplossing hiervoor in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving is gezocht aan de hand van het bijstellen van MAC-waarden (maximaal aanvaardbare concentraties) zodat die waarden niet meer waren afgestemd op mannen maar ook op vrouwen. Dat is een langdurig proces geworden en kennelijk nog steeds niet afgerond. Het bedrijf in casus 95-55 voldeed er in ieder geval niet aan. Het wonderlijke in het oordeel van de CGB is dat niet wordt getoetst aan de WGB, terwijl het om een functie in de particuliere sector ging, maar aan de AWGB en meer specifiek aan een van de bepalingen van het AWGB-besluit. Daar wordt als uitzonderingscategorie wordt genoemd: gevallen betreffende de bescherming van de gezondheid alsmede de geneeskundige behandeling of verzorging, waaronder begrepen geneeskundig onderzoek, in verband met zwangerschap, moederschap, de voortplantingsfunctie van de mens of anderszins de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen, voor zover voor een doelmatige bescherming dan wel behandeling of verzorging onderscheid op grond van geslacht nodig is”

Deze bepaling is echter in beginsel niet geschreven voor het terrein van de arbeid maar voor het terrein van het aanbod van goederen en diensten, al is het zo dat uit de nota van toelichting bij het AWGB-besluit kan worden opgemaakt dat ook de regering zelf dit onderscheid niet scherp houdt. In ieder geval blijkt uit deze casus dat de CGB aan het WGB-besluit kennelijk niet genoeg had en mogelijk daarom de in juridisch opzicht onjuiste zwaai maakte naar het AWGB-besluit. Er zou uit opgemaakt kunnen worden dat het WGB-besluit een aanvulling behoeft op dit punt. Dat zou meebrengen dat uit de betrokken bepaling van het AWGB-besluit het arbeidsrechtelijk element dient te worden overgeplaatst naar het WGB-besluit. Dit is anders als men van mening is dat het geen enkel bedrijf meer is toegestaan niet aan de m/v MAC-waarden te voldoen. Het toezicht daarop ligt echter niet in handen van de Commissie, maar elders.

Overige relevante oordelen

Evenals in de vorige periodes zijn er ook in deze periode oordelen die betrekking hadden op de vraag of een geslachtsbepaalde functie aan de orde is, maar waar een toets ter zake uitbleef. Een voorbeeld is oordeel 99-53 met betrekking tot de functie van aanleunmedewerker in een organisatie voor jeugdhulpverlening, met in dit geval een tijdens de selectie blijvende voorkeur voor een vrouw (99-53). De CGB oordeelde dat, als er al sprake was van een geslachtsbepaalde functie, dat uitdrukkelijk in de advertentie had moeten staan. Door dat na te laten was in strijd gehandeld met de WGB: “De Commissie overweegt dat het heel voorstelbaar is dat de wederpartij vanwege het verwachte kleine aantal kandidaten de mogelijkheden tot selectie zo min mogelijk wilde beperken. Dit neemt echter niet weg dat de wet voorschrijft dat het selectie criterium geslachtsbepaaldheid, indien dit een rol zou spelen bij de vervulling van de openstaande betrekking, in de advertentie vermeld had moeten worden. (...). De Commissie spreekt als haar oordeel uit dat onderscheid is “gemaakt tussen mannen en vrouwen als bedoeld in artikel 3 lid 2 van de

WGB m/v door de grond voor dit onderscheid niet te vermelden in de advertentie waarbij de vacature wordt aangeboden”.

Dit oordeel is een voorbeeld van de onder het kopje *‘de oordeelsvorming algemeen’* in deze paragraaf vermelde gewijzigde aanpak van een casus die betrekking heeft op een personeelsadvertentie.

Constateringen, vragen en opmerkingen

In het algemeen kan geconstateerd worden dat de Commissie strikt blijft toetsen. Maar er is een verschil met voorgaande periodes. De restrictieve toets van de vorige Commissies kwam er op neer dat maar zelden werd overgegaan tot een toets aan een van de toegelaten geslachtsbepaalde functiecategorieën. Dat is in deze periode minder het geval. Met name de laatste jaren lijkt de opstelling van de Commissie te versoepelen.

De AWGB-periode heeft in totaal 7 functies opgeleverd waarvoor het geslacht bepalend is (95-55, 95-62, 97-51, 97-52, 98-127, 99-90, 00-38). Anders dan in voorgaande periodes zijn meer oordelen vergelijkbaar en is doorgaans ook het oordeel uitvoeriger gemotiveerd en worden de argumenten van de wederpartij zorgvuldiger nagelopen. Voorheen was er nogal eens sprake van een opsomming van alle restrictieve elementen in de toets, waarna zonder veel nadere motivering het eindoordeel volgde. De uitvoeriger motivering geeft ook inzicht in de opvatting van de Commissie zelf over de maatschappelijke ontwikkelingen. In sommige zaken geeft de Commissie duidelijk aan dat het oordeel daarvan afhangt, zoals in 95-55 (lood-zaak) door te stellen dat haar oordeel in de toekomst wel eens anders zou kunnen luiden, terwijl in oordeel 97-53 (borstkankeronderzoek) werd geanticipeerd op maatschappelijke ontwikkelingen.

Niettemin blijven andere elementen in de basisopstelling van de Commissie een rol spelen. De passieve houding brengt mee dat de argumenten van de wederpartij doorslaggevend blijven, misschien zelfs in toenemende mate. Met name onderzoeksrapporten blijken belangrijk om de CGB te overtuigen (97-51, 97-53, 99-50/51), waarmee een premie wordt gesteld op de slimheid van partijen. Daardoor doemt de vraag op hoe de ‘concrete omstandigheden van het geval’ zich verhouden tot de argumentatiekracht van partijen. Voorts kan de vraag gesteld worden wat het effect is van een dergelijke opstelling. Het lijkt aannemelijk dat de betrokkenen uit de diverse casussen de uiteenlopende oordelen als niet rechtvaardig beschouwen. De ogenschijnlijke inconsistentie in de oordelen zou wel eens afbreuk kunnen doen aan de gelijkebehandelingsnorm omdat van de oordelen geen preventieve werking uitgaat, dat wil zeggen dat aan andere organisaties/werkgevers geen handvat voor een juiste handelwijze wordt gegeven.

Voor zover het het gebruik van de in het besluit en de nota van toelichting aangegeven toetsingscriteria betreft, kan het volgende geconstateerd. De vraag of de organisatie van het werk kan worden aangepast zodat de geslachtsbepaaldheid van een functie vervalt, is evenmin als in de vorige periode structureel aan de orde, wellicht in verband met de passieve opstelling. In 99-31 (maatschappelijk werker) bijvoorbeeld had een dergelijke toets voor de hand gelegen, maar er wordt niet over gerept, hooguit zeer impliciet. De zaken waarin de CGB zich er wel over uitspreekt

brengen daarnaast geen helderheid. Alleen in 99-90 (detailhandel voor baby's en aanstaande moeders) wordt er kort op ingegaan, maar de mogelijkheid wordt afgewezen vanwege het totale personeelsbestand. In 97-53 (borstkankeronderzoek) is de toets marginaal. Een kwestie die zich tevens voordoet betreft het feit dat het in het ene geval gaat om het afsplitsen van bepaalde taken van de totale functie en in het andere geval om het verdelen van hele functies over mannen enerzijds en vrouwen anderzijds. De Commissie besteedt hier geen aandacht aan.

De samenstelling van het team blijft een belangrijk aspect bij de vraag of in concreto een geslachtsbepaalde functie aan de orde is. Voor zover het betreft de jeugdhulpverlening is dat toegestaan. Doorslaggevend is daarbij echter het achterliggend pedagogisch concept, waarvoor de toets door de Commissie zelf is ingevuld met het hierboven beschreven resultaat. Daarnaast blijkt de evenwichtige m/v verhouding ook in andere branches en met name hulpverleningsbranches zeer gewenst. De Commissie schuift een dergelijk argument in bijvoorbeeld 99-31 (maatschappelijk werker) niet geheel terzijde, wellicht omdat die behoefte door de Commissie als reëel wordt ervaren. Het zou een indicatie kunnen zijn van een maatschappelijke ontwikkeling aan de zijde van zowel de hulpverlening als de CGB.

De aanpak van een casus blijft niet altijd navolgbaar. Vragen zijn bijvoorbeeld:

- waarom enkele zaken aan de AWGB worden getoetst (95-55 en 99-50/51), terwijl het toch om een casus gaat die zonder twijfel onder de WGB valt;
- waarom de Commissie in het ene geval zonder meer oordeelt dat het niet om een geslachtsbepaalde functie gaat als de vrouw het werk al een tijdje doet (b.v. 97-20), maar in andere gevallen niet (96-91: vrouw die toneelassistent al enige tijd vervangt wordt niet vast aangesteld omdat men liever een man heeft; CGB wijst dan op artikel 1 sub a van het besluit en zegt alleen dat gesteld noch gebleken is dat deze uitzondering van toepassing is, maar niet dat vrouw de functie al vervulde; vgl. ook 98-127).

Beide vragen hebben in essentie betrekking op de reikwijdte van de uitzondering, hetgeen leidt tot de vraag of de CGB de reikwijdte van de WGB te beperkt acht, evenals de reikwijdte van de bepalingen van het WGB-besluit (95-55, loodzaak).

Wel blijkt de CGB, anders dan de CGBm/v, niet meer de artikelen 1 sub e en 1 sub f van het besluit samen neemt. Kennelijk is voor deze Commissie het verschil duidelijk.

Het blijkt dat ook in deze periode de meeste zaken betrekking hebben op de hulpverlening. Hetgeen opnieuw leidt tot de constatering dat in deze branche de problematiek met betrekking tot geslachtsbepaalde functies wellicht het grootst is.

Het voorgaande maakt het al met al niet goed mogelijk een wezenlijk goed inzicht te verkrijgen in de vraag of en in hoeverre de Commissie de maatschappelijke opvattingen in haar oordelen verdisconteerde, dan wel zelf van opvatting veranderde. Opgemerkt zij voorts dat het niet in de lijn der verwachtingen ligt dat toekomstige oordelen meer duidelijkheid zullen brengen, gezien het vaste beleid van de Commissie om bij incorrecte advertenties niet meer na te gaan of er inderdaad een geslachtsbepaalde functie aan de orde is. Daarvoor zal alleen nog aanleiding zijn

als een werkgever om een oordeel vraagt alvorens met de werving te beginnen, of bij vermeende discriminatie tijdens de selectie. Oordelen inzake selectie zijn echter altijd gecompliceerder in verband met de veelheid aan gebeurtenissen die zich tijdens het sollicitatieproces hebben voorgedaan.

7.6 Samenhang met de andere toegelaten uitzonderingen

In het inleidend hoofdstuk is gewezen op het feit dat er naast geslachtsbepaalde functies nog twee toegelaten uitzonderingen zijn op het verbod van direct onderscheid, en wel:

- als het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap (art. 2 lid 3 EG-Richtlijn 76/207, hierna: bescherming van het moederschap).
- als wordt beoogd personen van een bepaald geslacht (dat wil zeggen: vrouwen) in een bevoorrechte positie te plaatsen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen (art. 2 lid 4 EG-richtlijn 76/207, hierna: voorkeursbehandeling).

Het verschil tussen deze twee uitzonderingen onderling en die inzake de functies waarvoor het geslacht een bepalende factor is, was aanvankelijk niet scherp en is ook niet uitgewerkt tijdens het EG- of nationale wetgevingsproces. Zo kan bijvoorbeeld de vraag gesteld of zwaar, vies of onveilig werk nu een geslachtsbepaalde functie is omdat vrouwen het gezien hun doorgaans geringere lichaamskracht niet kunnen verrichten, of omdat vrouwen/moeders tegen dergelijk werk moeten worden ‘beschermd’, dan wel dat dat werk bij voorkeur door (een) man(nen) moet worden verricht. In dezelfde orde van grootte ligt de in literatuur en rechtspraak wel gehuldigde opvatting dat een zwangerschaps- en bevallingsverlof een voorkeursbehandeling is (en niet een maatregel ter bescherming van het moederschap) omdat mannen daarop geen recht hebben.²⁶¹ De wetgever draagt ook geen steentje bij aan het scheppen van duidelijkheid, gezien de toelichting bij het AWGB-besluit waarin wordt gesteld dat bescherming van het moederschap een species is van geslachtsbepaaldheid.

Prechal acht in dit verband de uitzonderingsbepalingen ‘bronnen van verwarring’,²⁶² voortkomend uit op traditionele, zedelijke, morele, religieuze, culturele en sociale gronden, berustende opvattingen en ideeën over de rol van vrouwen en moeders in de maatschappij.²⁶³ Zij wees met name op de niet goed bepaalbare grenzen tussen ‘bescherming van het moederschap’ en ‘als het geslacht bepalend is voor de functie’.

261 Zie Asscher-Vonk & Van den Heuvel 1986; A-G Darmon in de conclusie bij HvJEG 8 november 1990 (*Dekker-VJV*), RSV 1992, 155 die de bescherming uit artikel 2 lid 3 van Richtlijn 76/207 aanmerkt als ‘affirmative action’; zie voor voorbeelden uit de nationale rechtspraak Monster 1995, p. 259 e.v.

262 Prechal 1984.

263 Prechal & Burrows, 1990, p. 109-118.

Op theoretisch niveau is in de loop der jaren de verwarring afgenomen. De Europese Commissie gaf bij haar eerste evaluatie van de richtlijn te kennen dat artikel 2 lid 3 van richtlijn 76/207 uitsluitend op zwangerschap en bevalling slaat, dat het artikel strikt moet worden geïnterpreteerd en dat bepalingen die verlof of andere voordelen voor de opvoeding van jonge kinderen toekennen niet onder deze uitzondering vallen.²⁶⁴ Het HvJEG heeft de bepaling nader gepreciseerd en gesteld “dat men met artikel 2 lid 3 de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na haar zwangerschap heeft willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld” en dat men met deze bepaling “tevens de bijzondere relatie tussen moeder en kind heeft willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening heeft willen voorkomen”.²⁶⁵ Op deze basis is nog weer nadere theorievorming ontstaan, waarin wordt gesteld dat bepalingen ter bescherming van het moederschap tot doel hebben zowel de gezondheid, als het inkomen en de arbeidsplaats van de zwangere, pas bevallen of zogende vrouw te beschermen.²⁶⁶

De uitzondering voorkeursbehandeling is onder de WGB(oud) in eerste instantie door de CGB(oud en bod) nader uitgewerkt. Bij de behandeling van de WGB m/v heeft de regering een aantal nadere criteria gegeven die de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling begrenzen.²⁶⁷ De voorwaarden die de CGBm/v stelde sloten hierop aan (90-33). Pas in later jaren verschenen arresten van het HvJEG over dit onderwerp,²⁶⁸ waarbij bleek dat de Nederlandse opvattingen van de Commissie niet ver afweken van die van het HvJEG, zij het dat de interpretatie van laatstgenoemde instantie beperkter was dan die van de nationale instanties. Door deze ontwikkelingen kan gesteld dat het verschil tussen de uitzonderingen thans duidelijk is. Onderstaand wordt nagegaan hoe de achtereenvolgende Commissies Gelijke Behandeling met een vaag beroep op (één van) de uitzonderingen zijn omgegaan en in hoeverre deze commissies al of niet de grenzen tussen de drie uitzonderingen hebben weten af te bakenen.

Voorts is de vraag aan de orde of uit de oordelen blijkt van samenloop van het verbod op onderscheid van ras met het verbod op onderscheid op grond van geslacht.

De oordeelsvorming algemeen

Evenals het geval is bij de oordeelsvorming inzake geslachtsbepaalde functies is ook hier van belang hoe de Commissie in het algemeen een casus benadert. Het

264 Europese Commissie 1981, p. 62-63.

265 HvJEG 12 juli 1984 (*Hofmann-Barmer Ersatzkasse*), *Jur.* I, p. 3047; in veel arresten later herhaald.

266 *Monster* 1995, p. 281-305.

267 *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 32.

268 HvJEG 17 oktober 1995 (*Kalanke*), *Jur.* 1995, p. I-3051, *SMA* 1995, p. 663 e.v.; HvJEG 11 november 1997 (*Marschall*), *Jur.* 1997, p. I-6363, *JAR* 1997, 264, HvJEG 28 maart 2000 (*Badeck*), *Jur.* 2000, p. I-1875, *NJ* 2000, 523; HvJEG 6 juli 2000 (*Abrahamsson*), *JAR* 2000, 194.

betreft hier zelfs een fase die aan de beoordeling van de al of niet geslachtsbepaaldheid van een functie vooraf gaat. Het komt namelijk niet zelden voor dat de argumenten van de wederpartij elementen in zich hebben van meer dan een van de toegelaten uitzonderingen.

De CGB(oud en bod) somde in deze gevallen alle drie de toegelaten uitzonderingen op. Ze werden echter niet alle drie nagelopen. In oordeel 83-56 stelt de Commissie expliciet dat zij zich (ook) passief opstelt ten aanzien van de vraag op welke uitzondering een beroep wordt gedaan. Of een dergelijk beroep wordt gedaan hangt af van de interpretatie door de Commissie van hetgeen de wederpartij aanvoert. Toch is de keuze van de Commissie voor de ene of de andere uitzondering niet altijd navolgbaar. Soms overweegt de Commissie uitvoeriger waarom de ene uitzondering wel en de andere niet aan de orde zou kunnen zijn. In andere gevallen wordt zonder enige motivering slechts ingegaan op één van de uitzonderingen (bijvoorbeeld 83-56).²⁶⁹

In later jaren (vanaf oordeel 85-61) wijzigt de benadering van de Commissie in zoverre dat wordt gesteld dat er twee uitzonderingen zijn: geslachtsbepaaldheid en voorkeursbehandeling. Dit naar aanleiding van oordeel 85-50 waarin door de CGB(oud) werd gesteld dat de uitzondering bescherming van het moederschap niet van toepassing was bij werving en selectie: “Deze uitzondering geldt slechts ten aanzien van het BW. Deze bepaling heeft alleen betrekking op de relatie werkgever/werknemer”. Consequent waren de achtereenvolgende Commissies echter weer niet. Er komen in later jaren zowel oordelen voor die drie, als oordelen die twee uitzonderingen noemen. Pas vanaf 1995 is het vaste praktijk alleen twee uitzonderingen te noemen.

Geslachtsbepaalde functies of bescherming van het moederschap

Na de in oordeel 85-50 gegeven opvatting dat ‘bescherming van het moederschap’ geen toegelaten uitzondering is bij de werving en de selectie, zijn er maar weinig oordelen waarin geslachtsbepaaldheid en bescherming van het moederschap tegelijkertijd aan de orde zijn. In oordeel 89-14 speelde een klacht tegen het feit dat de functie van ligwagenconducteur bij een spoorwegmaatschappij niet voor vrouwen bleek open te staan. Verweerder betoogde dat deze uitsluiting diende ter bescherming van de vrouw. De functie zou te gevaarlijk zijn en de accommodatie niet geschikt voor vrouwen. De Commissie herhaalde haar mening uit oordeel 85-50. In oordeel 92-34 wordt deze opvatting ook uitgebreid tot het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij het ‘aangaan’ van de dienstbetrekking, zoals thans geregeld in de artikelen 7:646 lid 1 en 2 BW. Hoewel dit oordeel formeel niet in overeenstemming was met de tekst en de structuur van genoemde bepalingen, heeft het HvJEG in de zaak *Dekker-VJV* de zienswijze van de Commissie impliciet beves-

269 De eerste Commissie Gelijke Behandeling is op dit punt niet altijd consequent. Zo zijn er enkele oordelen waar de opsomming niet wordt gegeven, maar gelijk wordt gesteld dat de ‘uitzonderingen (zonder ze te noemen) in casu niet van toepassing zijn’ (86-73), of er wordt in het geheel niet gewezen op de uitzonderingen en gelijk geconstateerd dat er verboden onderscheid wordt gemaakt (87-22).

tigd door niet te opperen dat ‘bescherming van het moederschap’ een uitzondering zou kunnen vormen op het verbod tot het maken van onderscheid bij het aangaan van de dienstbetrekking, want daarvan was in die zaak toch zonder meer sprake.²⁷⁰

Dit alles leidde er toe dat – althans voor zover het de toegang tot de dienstbetrekking betreft – verwarring tussen geslachtsbepaaldheid en bescherming van het moederschap in de oordelen van de CGB niet meer tot uitdrukking komt. Alleen in 95-55 (loodzaak) komt de verwantschap tussen beide uitzonderingen nog aan de orde. Gezien bovengenoemde uitspraken kon de CGB in deze zaak niet oordelen aan de hand van de WGB. Wellicht werd daarom uitgeweken naar de AWGB. De casus toont evenwel aan dat beide uitzonderingen in de praktijk soms in elkaars verlengde liggen.

Geslachtsbepaalde functies of voorkeursbehandeling

De verhouding tussen voorkeursbeleid en geslachtsbepaalde functies is moeizaam, niet in de laatste plaats door het woord *voorkeur*. Als een werkgever bijvoorbeeld stelt dat hij voor een bepaalde functie liever een vrouw dan wel een man heeft, formuleert de Commissie dit in de regel als het hebben van een *voorkeur* voor een bepaald geslacht en derhalve als een beroep op voorkeursbeleid. In de regel blijft een onderzoek naar de vraag of een geslachtsbepaalde functie aan de orde is dan uit, ook al tenderen de argumenten van de wederpartij tevens in die richting. Er wordt alleen nog onderzocht of er in casu sprake is van voorkeursbeleid (83-56 e.v.a.). Er zijn dan ook veel meer oordelen die ingaan op de uitzondering voorkeursbeleid dan op de uitzondering geslachtsbepaaldheid.

Bij de invoering van WGB m/v werd de mogelijkheid tot het voeren van een voorkeursbeleid voor mannen afgeschaft. Sindsdien volgt geen nader onderzoek naar de vraag of voorkeursbeleid aan de orde is indien de voorkeur een man betreft. De Commissie volstaat dan met de opmerking dat voorkeursbehandeling van mannen niet meer is toegestaan (90-09, 90-11, 90-36, 90-37, 90-129, 92-46/47, 93-04). Indien echter een functie voor een vrouw aan de orde is, moet de Commissie beslissen over de vraag of een beroep op geslachtsbepaaldheid dan wel op voorkeursbehandeling is gedaan. Globaal gesproken is de indruk dat zij eerder geneigd is te onderzoeken of er sprake is van voorkeursbeleid. Die keuze van de Commissie lijkt evenwel vaak arbitrair.

In 90-118 geeft de Commissie aan dat een beroep op zowel de ene als de andere uitzondering van de norm niet mogelijk is: “De redenen om van een geslachtsbepaalde functie te spreken zijn immers van geheel andere aard dan die om een functie bij voorkeur voor vrouwen open te stellen teneinde de achterstand van vrouwen op de arbeidsmarkt in te halen. (...) In zijn algemeenheid sluit een beroep op de geslachtsbepaaldheid van de functie uit dat tegelijkertijd en in aanvulling daarop een beroep op voorkeursbehandeling van vrouwen wordt gedaan”, aldus de Commissie.

Ook op dit punt blijkt de Commissie dus inmiddels duidelijke scheidslijnen te trekken tussen de verschillende uitzonderingen. Gezien de casuïstiek is het echter

270 HvJEG 8 november 1990 (*Dekker-VJV*), RSV 1992, 155.

de vraag of die scheidslijnen tussen de drie uitzonderingen voor de justitiabelen net zo duidelijk zijn.

Geslachtsbepaalde en tevens rasbepaalde functies

In enkele oordelen is tot op zekere hoogte sprake van samenloop van ras en geslachtsbepaaldheid. Oordeel 83-37 betreft het ontslag van vier buitenlandse werknemers bij een leerlooierij. De wederpartij betoogde niet alleen dat het om een geslachtsbepaalde functie ging (zij konden het zware werk niet doen: heftruck rijden, zware wagens met leder verplaatsen, machines en walkvaten bedienen en schoonmaken), maar ook dat de problemen met de vrouwen van etnische herkomst onvoorzienbaar groot waren wegens ziekte, zwangerschappen, lusteloos rondlopen, slordig werken, kantine vervuilen enzovoort. De afkomst van deze vrouwen was dus mede reden voor het ontslag. Er werd een verband geconstrueerd tussen de etnische herkomst en de vermeende eigenschappen van de vrouwen. (Veronderstelde) geslachtsbepaaldheid liep hier dus samen met ras.

De zaak kan echter nauwelijks representatief worden geacht. Het is het enige oordeel waarin de vermelde opvatting van de werkgever zo duidelijk naar voren komt. Bovendien speelde de casus vóór de AWGB; een verbod tot onderscheid op grond van ras, of de uitzondering daarop vanwege rasbepaaldheid, was toen nog niet in de wet vastgelegd.

Voorts waren er de reeds besproken oordelen betreffende personeelsadvertenties waarin werd gevraagd om *mannen* van *allochtone* afkomst (96-72, 97-51, 97-52, 99-31), voorbeelden dus van samenval van ras- en geslachtsbepaaldheid. Op de vraag of de functies geslachtsbepaald werden geacht is hiervoor reeds ingegaan. De behoefte aan mensen van allochtone afkomst werd door de CGB beoordeeld aan de hand van de vraag of de functie rasbepaald was. Daarvan kan echter volgens het AWGB-besluit alleen sprake zijn wanneer het gaat om uiterlijke kenmerken. Aangezien dat niet aan de orde was in deze zaken werd het beroep op rasbepaaldheid door de Commissie niet gehonoreerd.

Geconcludeerd kan worden dat uit de oordelen tot nu toe niet blijkt van samenval van geslachtsbepaaldheid en rasbepaaldheid. Wel gaat een beroep op geslachtsbepaaldheid soms samen met argumenten die betrekking hebben op de etnische afkomst van de betrokken personen. De weinige oordelen geven echter geen inzicht in de omvang van dat verschijnsel.

7.7 Argumenten van werkgevers

Uit de oordelen komt met name door de argumenten en reacties van werkgevers op de beschuldiging van discriminatie impliciet naar voren wat de opvattingen van werkgevers zijn inzake het al of niet bestaan van geslachtsbepaalde functies. Dit is vooral het geval in de oordelen met betrekking tot niet-correcte personeelsadvertenties.

De argumenten van werkgevers om te spreken van geslachtsbepaalde functies kunnen grofweg in twee categorieën worden verdeeld: ideeën over typisch mannen- of typisch vrouwenwerk enerzijds en de teamsamenstelling anderzijds.

Stereotype opvattingen over typisch mannen- of vrouwenwerk blijken uit veel oordelen. Een vrouw is niet geschikt voor een functie als het werk in tweeploegendienst wordt verricht en zware platen moeten worden getild (82-55); de lange werktijden van een academicus houdt een vrouw niet vol (83-57); de functie van elektricien die in weer en wind moet werken wordt 'geen vrouwenbaan' geacht (84-38). Vaak wordt gerefereerd aan de branche als zodanig. Een kwekerij is een echte mannengemeenschap, de werkgever zou niet weten hoe het zou gaan met een meisje tussen de mannen (86-73); niet geschikt is een vrouw voor de functie van leerling-telexist/ marconist in de haven, gezien het vereiste contact met jongens uit de haven en de aparte sfeer (91-70); dealer voor een bank is een mannenberoep in een mannenwereld (93-14); een winkel in legerkleding en -attributen wil een vrouw niet loslaten tussen al die mannen, daar zou de werksfeer onder leiden (94-37); een commercieel medewerker/PR-functionaris bij een bedrijf dat (mede) betrokken is bij gas-, water- en riooltransporten bij het Franse TGV-project, werkt in een ruwe mannenwereld waar geen 'dame' past, hoge hakken bijvoorbeeld is 'iets dat niet zou kunnen' (96-47/48). De bouw tot slot wil alleen mannen voor de functie van leidinggevend timmerman; een vrouw als projectleider bij een bouwput geeft 'een raar gevoel in de maag' (98-14).

Branche-verwant zijn ook de argumenten die gebaseerd zijn op eerdere ervaringen met vrouwelijk personeel. Voor grafisch ontwerper wilde men geen vrouw meer want de voorgangster vertrok omdat collega's haar niet accepteerden (88-23); in een accessoireshop waar onder andere gasflessen werden verhandeld, werd het ene meisje dat er werkte door de klanten genegeerd: er werken alleen mannen en er heerst een 'gemoedelijke sfeer' (94-03); een transportbedrijf wilde geen vrouwelijke vrachtwagenchauffeurs meer nadat de arbeidsovereenkomsten van 7 vrouwen die eerder in dienst waren vroegtijdig waren verbroken wegens ziekte, rugklachten, overspannenheid en een onevenredig hoog aantal verkeersongelukken (95-46).

Hiertegenover staan functies als secretaresse, receptioniste of serveerster (96-99/100) die typische vrouwenfuncties worden geacht, vaak in samenhang met het vereiste van representativiteit (83-56 en 86-62) of de wensen van collega's of klanten. Zo wil een vliegmaatschappij uitsluitend vrouwen voor cabine- en baliepersoneel omdat een man niet wordt geaccepteerd door de collega's (82-77) en een softwarehuis een vrouwelijke receptioniste omdat de mannelijke cliëntèle dat wil (96-101).

De scheiding tussen mannen- en vrouwenfuncties verleidde een werkgever er toe expliciet om vertegenwoordigers te vragen vanuit de overweging dat er bij de vraag om vertegenwoordigers maar weinig vrouwen zouden reageren (83-56). Een andere werkgever die in een personeelsadvertentie om een secretaresse vroeg meldde dat hij had overwogen om in de advertentie te vragen om een secretaris, maar daarvan had afgezien omdat secretaris naar zijn mening een andere functie-inhoud impliceerde (91-27).

De laatste twee oordelen vestigen de aandacht op een gegeven waarachter werkgevers zich nogal eens verschuilen, namelijk dat er voor diverse beroepen geen mannelijke dan wel vrouwelijke benamingen zijn. Met name het laatste komt veel voor in typische mannenbranches of in van oudsher door mannen gedomineerde functieniveaus. Dit is het geval bij technische functies als monteur (e.v.a., zie 90-35; 90-123 t/m 127 en 90-129 t/m 132), in de grafische industrie bij functies als vlakdrukmonteur, werktekenaar, offsetdrukker (92-08 t/m 13: wat is het vrouwelijke voor 'drukker'?), in de IT-sector voor de functie van bijvoorbeeld systeembeheerder of procesleider (91-20 t/m 25) en elders bij functies als logistiek planner, manager, accountant (90-109 t/m 109 t/m 116), administrateur (92-39) of orderbegeleider (92-51). Juist in dit kader heeft de CGB(oud) vaste regels ontwikkeld voor de vormgeving van personeelsadvertenties die bij de WGB m/v als de leden 3 en 4 van artikel 3 WGB m/v zijn ingevoegd. Deze regels gelden ook voor 'leuke' advertenties, waarin wordt gevraagd om een 'vlotte tante' en 'vrouwelijke mannetjesputter' (1991-28), een 'handige jonge vent' (91-29), een 'vent met visie' (95-62), 'mannen met ballen' m/v (96-25) of 'een planner met smoel en strot m/v' die 'karakter en kloten' heeft (96-42).

Het tweede veelgebruikte argument om expliciet een man of vrouw te vragen is de teamsamenstelling, ook als de functie niets met jeugdhulpverlening te maken heeft. In veel gevallen gaat het ook niet om een evenwichtige m/v verhouding, maar om dezelfde problematiek als hiervoor genoemd: mannen- dan wel vrouwenbranches, -bedrijven of -afdelingen. Vanwege de samenstelling van het team – het bedrijf is een mannenbolwerk – wil men alleen een man (88-23); er werken alleen vrouwen en een man zou zich er niet thuis voelen (93-38/39) of andersom: er werken alleen mannen en een vrouw zou daarin niet passen (97-08).

Anderen proberen juist een eenzijdige mannelijke of vrouwelijke samenstelling van het personeel te doorbreken: er werken alleen, of te weinig, mannen dan wel vrouwen en daar willen we graag verandering in aanbrengen en daarom zoeken we nu juist iemand van het andere geslacht (90-37 en 92-39). Soms heeft het reeds aanwezige personeel daarin een duidelijke stem. Gezien de samenstelling van het team (drie vrouwen en een man) wilde een afdeling beslist geen vrouw (97-70).

Daarnaast zijn er ook oordelen waaruit blijkt dat inderdaad wordt gestreefd naar een evenwichtige man/vrouw verhouding. Relatief veel daarvan spelen in het (basis)onderwijs (82-111, 90-8, 90-11, 90-14, 90-36, 90-37). De aangevoerde argumenten zijn doorgaans van pedagogische aard en komen overeen met de in de jeugdhulpverlening gehanteerde: de voorbeeldfunctie. Er blijken scholen te zijn waar het aandeel mannen in het personeelsbestand bijzonder klein is. Door de diverse Commissies Gelijke Behandeling is dit argument nooit gehonoreerd. Onderwijzer noch onderwijzeres is een geslachtsbepaalde functie. De teamsamenstelling vormde dan slechts een argument in samenhang met voorkeursbeleid. Aangezien evenwel steeds de voorkeur uitging naar een man werd vanaf de inwerkingtreding van de WGB m/v stelselmatig gezegd dat voorkeursbeleid voor mannen niet meer was toegestaan. Niettemin zou uit de casuïstiek kunnen worden afgeleid dat een eenzijdige teamsamenstelling in (met name) het basisonderwijs een reëel probleem is.

De tekst van een personeelsadvertentie zegt echter nog niet alles over het handelen van een werkgever in de praktijk. Er zijn niet-correcte advertenties waar gewoon uit mannen en vrouwen wordt geselecteerd en personen van het niet-aangeworven geslacht aangesteld. Dit is vaak een rechtvaardiging achteraf van de werkgever op de beschuldiging van discriminatie. Dat die beschuldiging in de regel zwaar wordt opgevat, blijkt niet alleen uit de genoemde rechtvaardiging, maar ook uit de talloze keren waarin wordt gezegd dat er sprake is van een vergissing (90-109 t/m 116; 91-46; 92-51 en 92-52) of een misverstand (91-69). In veel gevallen wordt ook gemeld dat men niet op de hoogte was van de betrokken wetgeving (84-58: we hebben gewoon een oude advertentie (van voor de WGB(oud)) uit de la gehaald). Vaak wordt spijt betuigd en beterschap voor de toekomst beloofd (92-46/47, 91-70, 90-14, 90-20 t/m 28 90-35, 91-28, 92 8 t/m 15). Daarnaast wordt nogal eens de schuld aan een ander gegeven: de personeelschef, een bemiddelingsorganisatie, een arbeidsbureau, de advertentieredactie van een krant of de telefonist(e) die de advertentie niet correct had doorgegeven of begrepen. Toen de diverse Commissies Gelijke Behandeling allengs duidelijk hadden gemaakt dat iedere tussenschakel zijn eigen verantwoordelijkheid in deze droeg, ging de hele problematiek als het ware definitief ondergronds.

Daartegenover zijn er oordelen waaruit blijkt dat een correcte personeelsadvertentie geen garantie is voor gelijke behandeling tijdens de sollicitatieprocedure. Vaak bleek dat in de praktijk alleen mannen of alleen vrouwen werden geselecteerd en aangesteld. Een vrouwelijke sollicitant krijgt dan bijvoorbeeld te horen dat het geen baan is voor een vrouw (82-55, 85-50). Soms wordt het spel heel subtiel gespeeld. Op een telefonische sollicitatie door een vrouw voor de functie van hulpmonteur krijgt zij van de telefoniste van het betrokken bedrijf te horen dat de functie al vervuld is. Een mannelijke kennis belt later op de dag en verneemt dat de functie nog vrij is. Een vrouwelijke kennis die nog weer later belt, wordt weer verteld dat al in de vacature is voorzien (87-22). Ondoorzichtig zijn ook sollicitatieprocedures bij via een arbeids- of uitzendbureau verkregen vacatures. Soms weten deze instanties al dat de klant geen vrouwen wil en wordt dit gelijk aan potentiële vrouwelijke sollicitanten gemeld (93-14; 95-53; 96-47/48; 97-100). In andere gevallen deelt de telefoniste van het betrokken bedrijf dit bij een eerste telefonisch contact mee (92-48).

Er zijn echter ook werkgevers die openlijk te kennen geven dat zij zich aan de wetgeving niets gelegen laten liggen. Zo geeft een universitair hoofddocent het volgende te kennen: "Als ik hier op mijn werk een man wil dan komt er een man, alleen mag ik het niet meer in de advertentie zetten" (90-14). Eén werkgever meldde het onzin te vinden zoveel tijd te besteden aan een klacht van een aantal vrouwen (91-29). In 92-15 (advertentie van een begrafenisonderneming voor chauffeurs/dragers zonder m/v) betuigde de werkgever weliswaar spijt, maar hij meldde ook dat hij toch geen vrouwen zou aannemen voor deze functies. In 93-04 gaf de werkgever als reactie dat hij een afkeer had van anonieme klagers, en tot slot was er de "mr." uit Haarlem die expliciet om een secretaresse (v) vroeg en de CGB meedeelde dat hij de gelijkebehandelingswetgeving fascistisch vond (92-06).

De vraag is of uit dit – niet uitputtende – overzicht van de casuïstiek afgeleid kan worden of opvattingen en praktijken van werkgevers in de laatste twintig jaar zijn verschoven. Uit de spijtbetuigingen zou opgemaakt kunnen worden dat werkgevers ‘geleerd’ hebben en anders zijn gaan denken over mannen- en vrouwenberoepen. De openlijke weerstand die uit de laatstgenoemde oordelen blijkt, kan er echter evenzogoed op duiden dat ‘ouderwetse’ opvattingen nog steeds bestaan, ook al durft slechts een enkeling dat hardop te zeggen. In dit verband schrijft Gerritsen naar aanleiding van de oordelen 92-06 (mr. uit Haarlem) en 92-15 (begrafenisonderneming): “in vroegere uitspraken was dit eerder regel dan uitzondering, zodat een mentaliteitsverandering zeker op lijkt te zijn gekomen. De Commissie draagt daar weer aan bij door telkens haar waardering uit te spreken voor de goede vooremens van de werkgever. Ondertussen blijft het wel zaak in de gaten te houden of dit emancipatoire beleid niet alleen met de mond wordt beleden. *Off the record* wil een werkgever zich namelijk nog wel eens laten ontvallen dat vrouwen niet hoeven te solliciteren aangezien zij toch niet in aanmerking komen”.²⁷¹

Zeker is dat de oordelen inzake incorrecte personeelsadvertenties na 1996 zijn afgenomen. Dat hoeft niet zonder meer te betekenen dat er geen foute advertenties meer voorkomen. Na 1994 echter hebben ‘aanbrengers’ van foute advertentieteksten (Stichting Landelijke Ombudsvrouw, Stichting Openbaar Feministerie, Commissies Emancipatie van Ondernemingsraden, FNV Druk en Papier, Anti-Discriminatiebureaus) hun activiteiten op dit gebied gestopt. Bovendien toetst de CGB personeelsadvertenties de laatste jaren nog slechts formeel en niet meer inhoudelijk. De jurisprudentie op dat punt is zonder meer duidelijk, merkt de CGBm/v al in haar jaarverslag over 1991 op. Die stelling kan worden betwijfeld, gezien de vele nuances die er bestaan in de opvattingen over wat mannen en vrouwen kunnen, over mannen- en vrouwenberoepen en over teamverhoudingen.

Dit alles vermag nog niet de vraag te beantwoorden of de selectiepraktijken zoals hiervoor beschreven, al of niet zijn gewijzigd.

7.8 Conclusie

In twintig jaar tijd zijn talloze casusposities aan de CGB voorgelegd waarin mogelijk sprake zou kunnen zijn van een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit. De Commissie was vanaf de aanvang streng in de beoordeling van deze vraag, zeker in de jaren tachtig, vóór totstandkoming van de ‘lijst’. De Commissie stelde daarmee een duidelijke norm tegenover ouderwetse denkbeelden over wat vrouwen wel of niet behoorden te doen.

In de jaren negentig blijkt middels de casuïstiek van een maatschappelijke ontwikkeling in de hulpverlening. Deze breidt zich steeds verder uit en wordt steeds specialistischer. Bovendien is er sprake van een grote instroom van allochtonen, waarop de hulpverlening zich mede gaat richten. Beide gegevens hadden tot gevolg dat in de hulpverleningsbranche bepaalde functies of beroepsactiviteiten ge-

271 Gerritsen 1993, p. 54 e.v.

slachtsbepaald werden geacht. Het argument daarvoor berust niet meer op opvattingen over wat vrouwen behoren te doen of te laten, maar op de veronderstelling dat de hulpverlening wellicht effectiever is, of een grotere doelgroep bereikt, als zij door personen van een bepaald geslacht wordt verricht. Dit was een ontwikkeling die door de wetgever niet was voorzien. Bij het opstellen van de 'lijst' was de veronderstelling dat door wijziging in opvattingen alle geslachtsbepaalde functies op den duur zouden verdwijnen. In de hulpverlening is – in ieder geval aanvankelijk – een omgekeerde ontwikkeling zichtbaar. De inwerkingtreding van het WGB-besluit gaf de CGB iets meer speelruimte om dit soort zaken te beoordelen dan vóór die tijd. Maar het lijkt de vraag of die speelruimte groot genoeg is.

Voor zover het de jeugdhulpverlening betreft is geconstateerd dat er veel overtuigingskracht van de zijde van de werkgever wordt gevraagd om het pedagogisch argument voor de evenwichtige m/v samenstelling van het team te onderbouwen, terwijl in onderzoek die onderbouwing al is gegeven.

Met betrekking tot alle andere hulpverlening kan worden gesteld dat het grote knelpunt is gelegen in het gegeven dat de wetgeving geen mogelijkheid biedt om een bepaalde m/v verhouding in het team te realiseren. De CGB kan de wens daartoe in beginsel dan ook niet honoreren. Dit is op zichzelf weer aanleiding voor knelpunten in de oordelen. Soms wordt wel ingegaan op de teamsamenstelling en soms niet. Soms wordt wel ingegaan op de mogelijkheid het werk anders te organiseren en soms niet. De toets is dientengevolge niet steeds inzichtelijk, waardoor geen handvat wordt gegeven voor een juiste handelwijze in de toekomst. De achterliggende oorzaak voor dit alles kan zijn gelegen in het gegeven dat de reikwijdte van de toegelaten uitzonderingen te beperkt is.

Inzake de overige in dit hoofdstuk besproken onderwerpen is in de eerste plaats vastgesteld dat de Commissie een positieve bijdrage heeft geleverd aan de afgrenzing van de uitzondering geslachtsbepaaldheid tegenover de andere toegelaten uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van geslacht: bescherming van het moederschap en voorkeursbehandeling. In de tweede plaats is geconstateerd dat uit de casuïstiek niet is af te leiden dat het aantal gevallen waarin sprake is van 'dubbele discriminatie' omvangrijk is. Op de vraag tot slot of en in hoeverre opvattingen en praktijken van werkgevers met betrekking tot geslachtsbepaalde functies zijn gewijzigd, is geen stellig antwoord te geven.

8. Geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten nader beschouwd

8.1 Inleiding

Ingevolge artikel 2 lid 2 van EG-richtlijn 76/207 is het toegestaan uitzonderingen te maken op het verbod van direct onderscheid op grond van geslacht, indien het geslacht een bepalende factor is voor de uitoefening van een (bepaalde) beroepsactiviteit. Dezelfde richtlijn legt in artikel 9 lid 2 de lidstaten de verplichting op om op gezette tijden te onderzoeken of, gezien de sociale ontwikkelingen, handhaving van deze uitzonderingen gerechtvaardigd is.

Het onderhavige rapport heeft tot doel het de verplichting van artikel 9 lid 2 voor te bereiden. Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid formuleerde als opdrachtgever in dat verband de volgende onderzoeksvragen:

- is het gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen, gerechtvaardigd de uitzonderingen op het recht op gelijke behandeling te handhaven?
- welke aanpassingen/toevoegingen zouden overwogen moeten worden op basis van sociale en maatschappelijke ontwikkelingen?

De antwoorden op deze onderzoeksvragen vereisen in beginsel een politiek maatschappelijke waardeoordeel, hetgeen niet gegeven kan worden door middel van wetenschappelijk onderzoek. Tot de competentie van wetenschappelijk onderzoek behoort wel het aangeven van criteria aan de hand waarvan politieke vragen als deze beantwoord kunnen worden.

In dat verband heeft het onderzoeksteam de concrete onderzoeksvraag die voorbereidt op genoemd waardeoordeel als volgt geformuleerd: welke criteria kunnen worden gevonden voor de vraag of het gezien de sociale en maatschappelijke ontwikkelingen gerechtvaardigd is de lijst beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, te handhaven, uit te breiden dan wel in te krimpen.

Deze vragen zijn in paragraaf 1.3 in vijf subvragen onderscheiden, te weten:

- welke beroepsactiviteiten worden thans in wet- en regelgeving als mogelijk geslachtsbepaald beschouwd?
- welke beroepsactiviteiten zijn in juridische en maatschappelijke discussies aan de orde?
- welke argumenten worden daarin gehanteerd door voor- of tegenstanders van de toepasselijkheid van bepaalde uitzonderingen, om bepaalde beroepsactiviteiten al of niet als ‘geslachtsbepaald’ te beschouwen?
- passen deze argumenten binnen het juridisch kader dat door de Europese en de Nederlandse wetgever is aangebracht?
- is er op grond van maatschappelijke ontwikkelingen en/of veranderde opvattingen aanleiding de thans toegelaten uitzonderingen uit te breiden, te schrappen dan wel anderszins te wijzigen?

Een bijkomende vraag betreft ‘dubbele discriminatie’, dat wil zeggen de vraag of sprake is van mensen – en met name vrouwen – die zowel vanwege hun geslacht als vanwege hun ras of etnische afkomst van bepaalde beroepsactiviteiten worden uitgesloten.

In de voorgaande hoofdstukken zijn de eerste vier vragen vanuit uiteenlopende invalshoeken belicht. Hoofdstuk 2 analyseerde de visie van het HvJEG en de juridische randvoorwaarden die het Hof aanbracht voor de vraag of een regeling of praktijk überhaupt kan vallen onder de reikwijdte van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207. In hoofdstuk 3 is ingegaan op de aard en de omvang van de discussies die in Nederland zijn gevoerd tijdens het proces van wetgeving ter zake. Hoofdstuk 4 ging nader in op de thans in Nederland toegelaten uitzonderingen. Hoofdstuk 5 gaf een globaal overzicht van de wet- en regelgeving in acht andere EG-landen. Hoofdstuk 6 gaf een indruk van de gedachten en gedragspatronen van arbeidsbemiddelaars en personeelsfunctionarissen. Hoofdstuk 7 gaf een blik op de casuïstiek zoals die in Nederland bij de CGB aan de orde was.

Dusdoende zijn tevens diverse maatschappelijke ontwikkelingen gesignaleerd en is een scala van actoren aan bod geweest die direct dan wel zijdelings hebben laten zien wat hun opvattingen zijn ten aanzien van de vraag wanneer het geslacht een bepalende factor kan zijn voor een beroepsactiviteit.

In dit hoofdstuk staat de vijfde subvraag centraal. Daartoe worden de bevestigingen uit de voorgaande hoofdstukken bijeengenomen en dwarsverbanden gelegd. Achtereenvolgens worden de verschillende in Nederland toegestane uitzonderingen besproken, teneinde aan te kunnen geven waar en op welke punten reden zou kunnen zijn om een discussie te starten over de vraag of een bepaalde uitzondering al of niet aanpassing behoeft. De nadruk ligt op de inhoud van de uitzonderingen. In verband met het door het HvJEG gestelde vereiste van doorzichtigheid van de regeling wordt daarnaast evenwel ook ingegaan op de vorm van de regeling.

De opzet van dit hoofdstuk is aldus. In paragraaf 8.2 wordt ingegaan op een in hoofdstuk 1 gestelde voorvraag, namelijk de kwestie wat de betekenis is van het woord ‘beroepsactiviteiten’. In paragraaf 8.3 wordt het toetsingkader geformuleerd aan de hand waarvan voor iedere thans voorkomende uitzondering zal worden nagegaan of en in hoeverre heroverweging wenselijk lijkt. In paragraaf 8.4 wordt die toets daadwerkelijk verricht. In paragraaf 8.5 wordt aandacht besteed aan uitzonderingen die niet zijn toegelaten, maar waarvan gebleken is dat zij onder omstandigheden wenselijk worden geacht. In paragraaf 8.7 wordt specifiek ingegaan op de bijkomende onderzoeksvraag betreffende mogelijke dubbele discriminatie. In paragraaf 8.7 komt de vorm en de doorzichtigheid van de regelgeving aan de orde. Paragraaf 8.8 geeft een samenvatting van de aanbevelingen die in de voorgaande paragrafen zijn voorgesteld. De aanbevelingen zijn in eerste instantie aan de wetgever gericht. Dat neemt niet weg dat ook andere instanties (bijvoorbeeld de CGB) zich op de aanbevelingen kunnen beraden.

8.2 Beroepen of beroepsactiviteiten

Met betrekking tot het woord *beroepsactiviteit* is in het inleidend hoofdstuk gewezen op het feit dat dit woord zowel betrekking kan hebben op een hele functie als op bepaalde onderdelen van een functie, en dat in de Nederlandse 'lijst' zowel functies als onderdelen van functies voorkomen. Daarmee ontstond de vraag of bij 'beroepsactiviteiten' nu al of niet gedacht moet worden aan hele functies of aan onderdelen van functies. Gebleken is dat bij de Nederlandse parlementaire behandeling dit punt niet opgemerkt en daarmee niet uitgewerkt is (H. 3). In een enkel geval komt naar voren dat men in beginsel dacht aan functies. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het NJCM voorstelde om een lijst met uitgezonderde beroepen te maken. In enkele van de onderzochte EG-landen (H. 5) is wel aandacht besteed aan het verschil tussen functies en beroepsactiviteiten. In de desbetreffende bepaling in de Belgische wet komt zowel het woord *betrekking* als het woord *beroepsactiviteit* voor. Duitsland en het Verenigd Koninkrijk onderkennen eveneens het verschil maar gaan er anders mee om. Duitsland stelt dat een geslachtsbepaalde *beroepsactiviteit* nooit de hele functie geslachtsbepaald kan maken, terwijl het Verenigd Koninkrijk juist van mening is dat dat wel het geval is.

De Europese Commissie blijkt van opvatting dat het uitsluitend om beroepsactiviteiten gaat. In een publicatie uit 1991 stelt de Commissie zonder aarzeling: "It will be noted that Article 2(2) refers to occupational activities and not to jobs".²⁷² Zij onderbouwde deze stelling met een analyse van de rechtspraak van het HvJEG (H. 2), met name de zaken waar het Hof zegt dat een algemene uitzondering niet is toegelaten (particuliere huishoudens, functie in leger en politie) omdat zij niet gebaseerd is op de concrete activiteiten die moeten worden uitgevoerd. Ook achtte de Commissie de uitspraak in *Johnston* in dit verband relevant omdat het Hof in deze zaak onder meer stelde dat artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 alleen ziet op specifieke activiteiten.

Hoewel het Hof inderdaad de nadruk legt op de specificiteit van de activiteiten, spreekt het zich, evenmin als de Europese Commissie, niet uitdrukkelijk uit over de vraag of een dergelijke specifieke activiteit een functie in zijn geheel geslachtsbepaald kan maken. De vraag is echter in zowel praktisch als dogmatisch opzicht bepaald niet irrelevant. Daartoe hoeft slechts gewezen te worden op de beschreven standpunten in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Hoewel de aldaar heersende opvattingen tegengesteld zijn, scheppen zij wel duidelijkheid en rechtszekerheid voor de belanghebbenden. Een dergelijke duidelijkheid ontbreekt in Nederland. Uit de oordelen van de CGB is niet af te leiden dat stelselmatig wordt nagegaan of het om beroepen of om beroepsactiviteiten gaat en welke criteria daarbij worden gehanteerd. Een standpunt van de wetgever op dit punt lijkt dan ook gewenst. Leidraad daarbij kan zijn het uit het onderzoek naar voren komende gegeven dat er in beginsel geen geslachtsbepaalde functies zijn. Er zijn wel geslachtsbepaalde activiteiten en taken. In sommige functies nemen die taken een zo-

272 Social Europe 3/91, p. 69.

danig deel van het werk in beslag dat daardoor de gehele functie geslachtsbepaald kan worden.

Een en ander is reden voor de volgende aanbeveling:

Aanbevelingen:

- spreek bij de heroverweging van de uitzonderingen consequent over beroepsactiviteiten;
- overweeg in welke gevallen een geslachtsbepaalde activiteit een bepaalde functie in zijn geheel geslachtsbepaald kan maken.

8.3 Criteria voor heroverweging

In deze paragraaf worden de toetsingscriteria nagelopen en toegelicht die in de opvatting van de onderzoekers aan de orde moeten zijn bij de vraag of en in hoeverre er aanleiding is een discussie te starten over de eventuele aanpassing van (één van) de in Nederland voorkomende uitzonderingen.

Het belangrijkste criterium wordt uiteraard gevormd door de maatschappelijke ontwikkelingen en veranderde opvattingen. Daartoe wordt gekeken naar wat daaromtrent uit de verschillende hoofdstukken naar voren kwam. Daarbij wordt de volgorde van bespreking in dit rapport aangehouden:

- de ontwikkeling van de nationale wetgeving en de opvattingen van de wetgever en overige actoren in het wetgevingsproces ten tijde van totstandkoming van de uitzonderingen en eventueel te constateren wijziging van opvattingen nadien;
- de ontwikkeling van de wetgeving in 8 EG-lidstaten, de opvattingen daaromtrent en eventuele wijzigingen daarin;
- de opvattingen van arbeidsbemiddelaars en personeelsfunctionarissen;
- de opvattingen en de eventuele ontwikkelingen daarin zoals die uit de oordelen van de CGB naar voren kwamen.

Daarnaast zijn andere criteria van belang. Zij vloeien voort uit algemene beginselen en uit de rechtspraak van het HvJEG. Er zij evenwel op gewezen dat de eis van het Hof dat uitzonderingen voor beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is een tijdelijk karakter moeten hebben, niet apart in beschouwing zal worden genomen. Deze regel heeft een formeel en een inhoudelijk aspect. Het formele aspect wordt geconcretiseerd met de bepaling van artikel 9 lid 2 van richtlijn 76/207: de uitzonderingen moeten op gezette tijden worden onderzocht op hun inhoud. Dit onderzoek is op zichzelf de uitwerking van het inhoudelijk aspect van de eis van 'tijdelijkheid'.

8.3.1 Tegengaan van uitsluiting van vrouwen: een metanorm

Een toetsingselement dat aan alle andere vooraf gaat, vloeit voort uit het algemene doel van richtlijn 76/207 en de nationale wetgeving ter bestrijding van discrimina-

tie op grond van geslacht. Hoewel deze regelgeving in sekseneutrale termen is opgesteld, beoogt zij in beginsel de achterstelling van vrouwen bij de arbeid op te heffen. In dat verband is in paragraaf 1.2 aangegeven dat het perspectief in dit onderzoek gericht is op vrouwen en op de vraag of vrouwen worden achtergesteld. In die paragraaf is tevens ingegaan op artikel 5 van het Vrouwenverdrag, op basis waarvan is gesteld dat in het onderzoek ook gelet zal worden op eventuele stereotypering van mannen- en vrouwenberoepen en – in het verlengde daarvan – op het verminderen van seksesegregatie op de arbeidsmarkt. Dit alles brengt mee dat een belangrijk criterium voor de toelaatbaarheid van een uitzondering de vraag betreft of een uitzondering im- of expliciet meebrengt dat *vrouwen* van bepaalde beroepen of van bepaalde segmenten van de arbeidsmarkt worden uitgesloten. Weliswaar zal er tevens op gelet worden of mannen worden uitgesloten omdat stereotypering van mannenberoepen even onacceptabel is, maar de toets voor de toelaatbaarheid van de uitzondering dient strenger te zijn als uitsluitend vrouwen worden uitgesloten dan wanneer een uitsluiting zowel mannen als vrouwen kan betreffen.

8.3.2 *Strikte uitleg: rechtspraak van het HvJEG*

Een in bijna alle arresten voorkomend criterium van het Hof is dat uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling *strikt* moeten worden uitgelegd. Het argument daarvoor is dat het gaat om een uitzondering op het fundamentele beginsel van gelijke behandeling. Daarmee moet heel voorzichtig worden omgegaan (H 2). Ook de uitzonderingen voor geslachtsbepaalde beroepen moeten derhalve strikt worden uitgelegd.

In dat verband heeft het Hof aangegeven dat uitzonderingen met een algemene strekking (zoals dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens en in kleine ondernemingen) niet in overeenstemming zijn met artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207. Dit op basis van het argument dat een algemene uitzondering niet is gebaseerd op het in beschouwing nemen van de concrete of specifieke activiteiten die met behulp van objectieve maatstaven zijn vastgesteld. Het Hof verwijst daarmee in feite naar de tekst van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 waarin wordt bepaald dat het geslacht een bepalende factor kan zijn vanwege de *aard* van het werk of de *voorwaarden* waaronder dat werk moet worden uitgeoefend. Het HvJEG kijkt in enkele arresten heel concreet naar beide elementen. In het arrest *Johnston* bijvoorbeeld worden zowel de *aard* van het werk als de *voorwaarden* waaronder het moet worden verricht expliciet getoetst. Deze elementen zijn dus bij uitstek bepalend voor de vraag of er gesproken kan worden van een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht bepalend is. Dit brengt mee dat zij ook een zelfstandige betekenis hebben als toetsingscriteria.

In de desbetreffende nationale bepalingen (artikel 5 lid 2 WGB en artikel 1 aanhef van het WGB-besluit), waarin de tekst van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207 zoveel mogelijk is gevolgd, wordt ook gesproken van de aard van het werk en de voorwaarden waaronder het moet worden uitgeoefend. Maar de wetgever heeft dat niet nader toegelicht. Wel is er op gewezen dat de uitzonderingen niet algemeen mogen zijn. Daarbij is steeds benadrukt dat de geoorloofdheid van de toepassing

van een van de toegelaten uitzonderingen van geval tot geval, dat wil zeggen in ieder individueel geval, moet worden beoordeeld. Dat de aard van het werk en de voorwaarden waaronder het moet worden verricht de dan in acht te nemen toetsingscriteria zijn, is echter niet uitdrukkelijk gesteld.

8.3.3 *Evenredigheidsbeginsel: rechtspraak van het HvJEG*

Uit de rechtspraak van het HvJEG blijkt voorts dat een strikte interpretatie van een uitzondering op zichzelf nog niet voldoende is voor de toelaatbaarheid van de uitzondering. Het Hof heeft de strikte interpretatie nader verfijnd. In de arresten *Johnston*, *Sirdar* en *Kreil* is geoordeeld dat, indien er een uitzondering wordt gemaakt, het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen. Het evenredigheidsbeginsel houdt in de eerste plaats in dat afwijkingen niet verder mogen gaan dan passend en noodzakelijk is voor het nagestreefde doel. Het doel van de uitzondering dient derhalve te worden aangegeven. In de hierna te ondernemen toets van de uitzonderingen zal steeds met dit doel worden begonnen. Het is het argument dat aan een concrete uitzondering ten grondslag ligt.

Daarnaast heeft het Hof gesteld dat het evenredigheidsbeginsel ook inhoudt dat zoveel mogelijk een evenwicht tot stand wordt gebracht tussen enerzijds het beginsel van gelijke behandeling en anderzijds de eisen van openbare veiligheid of een van de andere grondrechten, zoals onder meer het privé-leven (*Commissie-Verenigd Koninkrijk*).

Voorts brengt het evenredigheidsbeginsel mee dat bij de toets aan dit vereiste moet worden nagegaan of het treffen van de discriminatoire maatregel kan worden vermeden (*Johnston*).

Al met al verloopt de toets aan het evenredigheidsbeginsel in drie stappen: is de uitzondering passend en noodzakelijk voor het doel, is er evenwicht, en kan de discriminatoire uitsluiting worden vermeden?

8.3.4 *Volgorde toetsingscriteria*

De in de voorgaande paragrafen weergegeven toetsingscriteria zullen bij de toepassing als volgt worden gerangschikt:

- wat is het doel van of het argument voor de uitzondering?
- worden vrouwen (dan wel mannen) al of niet geheel uitgesloten?
- wordt de uitzondering strikt toegepast; oftewel: op welke specifieke werkzaamheden of voorwaarden waaronder het werk moet worden verricht, heeft de uitzondering betrekking en is het evenredigheidsbeginsel in acht genomen?
- welke maatschappelijke ontwikkelingen en verander(en)de maatschappelijke opvattingen zijn te constateren?

8.4 De Nederlandse uitzonderingen getoetst

8.4.1 Geestelijke ambten

Art. 5 lid 3 aanhef en sub a WGB:

als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën:

a. Geestelijke ambten

Het argument dat aan deze uitzondering ten grondslag ligt is het grondrecht op eerbiediging van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

Voor zover is te overzien sluit deze uitzondering vrouwen geheel uit van het betreffende beroep. Zowel in de R.K. kerk als in enkele protestantse denominaties worden vrouwen niet toegelaten tot het geestelijk ambt. Het is de onderzoekers niet bekend of er geloofsgenootschappen bestaan waar mannen niet worden toegelaten tot het geestelijk ambt.

Het gaat bij deze uitzondering niet om de aard van de werkzaamheden of de voorwaarden waaronder de functie moet worden uitgeoefend. Het gaat ook niet om specifieke activiteiten. Bij totstandkoming van de uitzondering is door de regering nader aangegeven wat onder een geestelijk ambt wordt verstaan. Zodra daarvan sprake is, geldt de uitzondering voor de hele functie en niet voor een specifieke activiteit.

In het kader van de vraag of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen, dient de vraag te worden gesteld of de uitzondering passend en noodzakelijk is gezien het doel. Deze vraag kan positief worden beantwoord. Bij totstandkoming van de uitzondering is zelfs de vraag gesteld of een wettelijke regeling van de uitzondering wel nodig was, omdat kerkgenootschappen volstrekt vrij zouden zijn hun interne aangelegenheden te regelen. De wetgever overwoog echter dat de WGB in beginsel wel van toepassing is op kerkgenootschappen en daarmee op arbeidsrelaties van een kerkgenootschap met personeel dat niet het geestelijk ambt vervult. Derhalve diende de uitzondering om duidelijkheid te scheppen. Een evenwicht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de vrijheid van godsdienst is met de absolute uitsluiting van vrouwen echter niet te bereiken.

Maatschappelijke ontwikkelingen zijn inzake deze uitzondering niet te constateren. De wetgever had zowel bij de totstandkoming van artikel 5 lid 3 sub a WGB als later bij de totstandkoming van de AWGB een gelijkkluidend standpunt. Voorts is de uitzondering in alle landen gemeengoed, met dezelfde nuancering als in Nederland dat de uitzondering geen betrekking heeft op arbeidsrelaties met personeel dat niet het geestelijk ambt bekleedt. Wel is de uitzondering in de meeste landen ruimer geformuleerd en in beginsel ook van toepassing op religieuze ordes. Deze kwestie is in Nederland nooit aan de orde gesteld.

Bij de CGB – en ten slotte bij de Hoge Raad – is eenmaal een klacht voorgelegd over de uitsluiting van vrouwen van een RK-diakenopleiding. Deze zaak geeft een indicatie dat er onder vrouwen wel bezwaren leven tegen deze uitzondering. Het is echter – gezien de godsdienstvrijheid – aan het desbetreffende kerkgenootschap om deze problematiek op te lossen, de wetgever kan hieraan geen bijdrage leveren.

Het voorgaande geeft, concluderend, geen reden voor heroverweging van deze uitzondering.

8.4.2 *Artistieke beroepsactiviteiten*

Art. 5 lid 3 aanhef en sub b WGB:

als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën:

b. De beroepsactiviteiten van acteur, actrice, zanger, zangeres, danser, danseres of van kunstenaar of kunstenaressen, voor zover deze activiteiten betrekking hebben op het vertolken van een bepaalde rol.

Het argument van de nationale wetgever voor deze uitzondering is in beginsel de artistieke vrijheid, met name de vrijheid om ‘mannelijke’ of ‘vrouwelijke’ rollen door personen van het ene dan wel het andere geslacht te laten vervullen. Daarbij werd ook gedacht aan travestierollen. Juist in verband met travestierollen was volgens de wetgever de vrijheid tot het openbaren van gedachten en gevoelens mede aan de orde, namelijk als een aspect van de artistieke vrijheid. Bij het openbaren van gedachten en gevoelens is het grondrecht vrijheid van meningsuiting in het geding, aldus de regering. In verband met de afbakening van dit grondrecht met het beginsel van gelijke behandeling is de bepaling dan ook in de WGB m/v zelf opgenomen en niet in het WGB-besluit.

Deze uitzondering sluit vrouwen noch mannen geheel uit. Onder omstandigheden echter kan aan een persoon van één van beide geslachten de toegang tot een bepaalde rol worden geweigerd op grond van dat geslacht.

De uitzondering heeft betrekking op de aard van de werkzaamheden, die specifiek zijn benoemd. De voorwaarden waaronder het werk moet worden verricht lijken geen rol te spelen. De uitzondering lijkt passend gezien het doel.

Over het evenwicht kan geen uitspraak worden gedaan, aangezien niet bekend is of er evenveel vrouwelijke als mannelijke (travestie)rollen zijn.

In vrijwel alle onderzochte EG-landen komt deze uitzondering voor, zij het dat de achterliggende reden een andere is. Algemeen is de argumentatie dat de uitzondering verband houdt met authenticiteit, dat wil zeggen met ‘echtheid’ of oorspronkelijkheid. Vrijheid van meningsuiting speelt in de argumentatie geen rol. Dat lijkt ook aanvaardbaarder dan de niet geheel inzichtelijke constructie dat hier het

grondrecht vrijheid van meningsuiting aan de orde zou zijn. Bij de CGB is de uitzondering nooit aan de orde geweest.

Ondanks de vraagtekens die kunnen worden gezet bij de door de nationale wetgever geformuleerde achterliggende reden voor de uitzondering, lijkt er, concluderend, geen reden deze uitzondering als zodanig ter discussie te stellen. De uitzondering komt op Europees niveau algemeen voor, zij is algemeen aanvaard en er blijkt niet van veranderde opvattingen. Ter wille van de duidelijkheid en ter wille van de overeenstemming op Europees niveau is er echter wel aanleiding de motivering voor de uitzondering opnieuw te formuleren. In dat verband kan de volgende aanbeveling worden gedaan:

Aanbeveling:

- breng tot uitdrukking dat het argument voor deze uitzondering is gelegen in artistieke vrijheid en in het verlengde daarvan in ‘authenticiteit’.

8.4.3. Biologisch/fysiologisch bepaalde beroepsactiviteiten

WGB-besluit artikel 1 sub a:

De beroepsactiviteiten die om lichamelijk redenen uitsluitend door personen van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld.

Deze uitzondering heeft betrekking op beroepsactiviteiten die op zuiver biologische gronden uitsluitend door personen van één bepaalde sekse kunnen worden verricht. In de woorden van de Nederlandse wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de WGB m/v gaat het daarmee om *absolute* geslachtsbepaaldheid.

De uitzondering sluit vrouwen of mannen niet geheel van de arbeidsmarkt uit. Al naar gelang het biologisch specifieke van de beroepsactiviteit worden echter wel (één van) beide geslachten van bepaalde beroepsactiviteiten uitgesloten. Veel specifieke voorbeelden van beroepsactiviteiten die in deze categorie vallen zijn er niet. Gewezen kan worden op de activiteit van ‘min’ (voorbehouden aan vrouwen) tegenover de activiteit van zaaddonor (voorbehouden aan mannen), althans voor zover het hier om betaalde beroepsactiviteiten zou gaan. Afgezien van de min zijn door de regering nog oefenpatiënten in het medisch onderwijs of proefpersonen voor wetenschappelijk onderzoek genoemd.²⁷³

De uitzondering heeft betrekking op de aard van de beroepsactiviteiten. Uitdrukkelijk is door de wetgever aangegeven dat factoren als lichaamskracht of uithoudingsvermogen hier niet bedoeld zijn, aangezien personen van beide geslachten hierover kunnen beschikken.

273 Voor zover het proefpersonen voor de farmaceutische industrie betreft zij overigens opgemerkt dat in de praktijk vaak alleen op mannen wordt getest om het onderzoek zo eenvoudig mogelijk te houden. Dit heeft echter tot gevolg dat de werking van middelen voor vrouwen soms onvoldoende bekend is. Geslachtsbepaaldheid bij dergelijke onderzoek dient derhalve niet onder deze uitzondering te vallen.

Een toets aan het evenredigheidsbeginsel kan hier achterwege blijven, aangezien het gaat om beroepsactiviteiten die niet door iemand van het andere geslacht *kunnen* worden vervuld; dat is in biologisch opzicht onmogelijk.

De uitzondering is in alle onderzochte EG-landen gemeengoed. Dit was waar men in principe aan dacht bij het opstellen van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207. In veel landen wordt deze uitzondering ook niet eens benoemd als uitzondering, zij wordt geacht in artikel 2 lid 2 besloten te liggen. In beginsel is er dus geen enkele reden vraagtekens te zetten bij deze uitzondering. Zij is vooral in theoretisch opzicht relevant, niet voor de toepassing in de praktijk.

Niettemin is gebleken van een belangrijk knelpunt dat verwant is aan deze uitzondering. Uit zowel het rechtssociologisch onderzoek als uit de casuïstiek van de CGB blijkt dat velen de uitzondering graag zouden zien toegepast op de – niet onder deze uitzondering vallende, maar in beginsel toch biologisch bepaalde – aspecten lichaamskracht en uithoudingsvermogen. Bij uitstek het veldonderzoek laat zien dat dat in de praktijk ook gebeurt. Vrouwen worden niet aangetrokken of aangesteld voor zwaar werk. Het gevolg is dat de horizontale seksesegregatie niet wordt doorbroken en dat stereotypering van mannenberoepen in stand blijft. Hier ligt een reëel probleem, dat niet kan of dient te worden opgelost met het bijstellen van de uitzondering. Veeleer zou gedacht kunnen worden aan het uitzetten van onderzoek naar technische hulpmiddelen die zwaar werk als bijvoorbeeld tillen of sjouwen verlichten. Dergelijke hulpmiddelen zijn gebruikelijk in ziekenhuizen, waar van oudsher veel vrouwen werken, maar niet in ‘mannenbranches’, waar men toe kan met de aanwezige spierkracht. Aanpassing van het werk zodat fysieke kracht minder belangrijk wordt, zal in het voordeel zijn van alle werknemers, mannen en vrouwen. Dit alles is grond tot het doen van een aanbeveling die niet rechtstreeks te maken heeft met de uitzondering zelf.

Aanbeveling:

- initieer, ondersteun en subsidieer onderzoek en ontwikkeling van hulpmiddelen die zwaar werk verlichten. Subsidieer werkgevers die deze hulpmiddelen daadwerkelijk ter beschikking stellen.

8.4.4 Mannequins en modellen

WGB-besluit artikel 1 sub b:

De beroepsactiviteiten van de mannelijke of de vrouwelijke mannequin die bepaalde kledingstukken moet tonen door ze te dragen.

WGB-besluit artikel 1 sub c:

De beroepsactiviteiten van modellen voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten, kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten.

De twee uitzonderingen voor respectievelijk mannequins en modellen worden hier samengenomen omdat de reden van beide uitzonderingen dezelfde is en ook de wetgever ze samen bespreekt in de nota van toelichting bij het WGB-besluit. Het argument dat aan deze uitzonderingen ten grondslag ligt wordt in alle EG-landen aangeduid met de term authenticiteit. De Nederlandse wetgever vermeldt dit echter niet expliciet; de uitzondering wordt eenvoudigweg vanzelfsprekend geacht.

De uitzondering sluit vrouwen niet uit, zowel mannen als vrouwen hebben toegang tot deze beroepsactiviteiten.

De uitzondering heeft betrekking op de aard van de werkzaamheden. De beroepsactiviteiten waarom het gaat zijn zeer specifiek benoemd. De nota van toelichting vermeldt voorts nog dat onder modellen voor schoonheidsspecialisten ook vallen modellen voor visagisten, make-up specialisten of cosmetologen.

Voor de vraag of de uitzondering noodzakelijk is gezien het doel en of er evenwicht bestaat geldt mutatis mutandis hetzelfde als voor het hierboven besproken artikel 5 lid 3 sub b WGB.

Maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van deze uitzondering zijn niet gesignaleerd. In het veldonderzoek kwam zij slechts zeer terloops aan de orde, de uitzondering komt in alle onderzochte EG-lidstaten voor en staat ook daar niet ter discussie, en zij is nooit aan de orde geweest bij de CGB.

Gezien dit alles lijkt er geen noodzaak deze uitzondering te heroverwegen. Net als met betrekking tot de uitzondering voor acteurs, zangers en kunstenaars is evenwel te overwegen om in verband met de duidelijkheid en EG-systematiek de motivering voor deze uitzondering aan te passen.

Aanbeveling:

- breng tot uitdrukking dat het argument voor deze uitzonderingen is gelegen in 'authenticiteit'.

8.4.5 Persoonlijke dienstverlening binnen particuliere huishoudens

WGB-besluit artikel 1 sub d:

De beroepsactiviteiten binnen particuliere huishoudens die inhouden de persoonlijke bediening, verzorging, verpleging, of opvoeding van dan wel hulpverlening aan één of meer personen.

Het argument voor deze uitzondering is bescherming van de persoonlijke levenssfeer van degene ten behoeve van wie de beroepsactiviteiten worden verricht. Het gaat hier derhalve eveneens om de afweging van grondrechten en wel het recht op gelijke behandeling enerzijds en eerbiediging van de privacy anderzijds.

De uitzondering sluit (in de Nederlandse cultuur) vrouwen niet uit. Integendeel zelfs, het zijn vooral vrouwen die deze beroepsactiviteiten uitoefenen. Het gevolg is wel dat de uitzondering stereotypering in de hand kan werken, waarmee de bepaling in beginsel in strijd zou zijn met het Vrouwenverdrag.

De uitzondering heeft betrekking op zowel de aard van de werkzaamheden als de voorwaarden waaronder zij worden verricht. Bij de aard van de werkzaamheden gaat het om activiteiten waarbij onder andere lichamelijk en persoonlijk contact een rol speelt. De nota van toelichting specificeert de beroepsactiviteiten nader. Er wordt een reeks voorbeelden gegeven van functies die er wel en die er niet onder vallen, alsook van functies waarvoor dit van tevoren niet is vast te stellen omdat niet zeker is of de functie al of niet persoonlijk of lichamelijk contact inhoudt. De beroepsactiviteiten kunnen daarmee geacht worden voldoende specifiek te zijn omschreven. De voorwaarden waaronder de activiteiten worden verricht, betreffen het gegeven dat zij binnen particuliere huishoudens plaatsvinden.

In het kader van de evenredigheidstoets kan worden vastgesteld dat de uitzondering passend en noodzakelijk is gezien het doel: bescherming van het privéleven. Het evenwicht lijkt in zoverre gewaarborgd dat mannen en vrouwen in beginsel toegang hebben tot deze functies.

Een algemene opmerking betreft het feit dat de tekst van deze uitzondering de indruk wekt dat zij gericht is op de particulier die zelfstandig personeel werft voor één van de in de bepaling genoemde vormen van dienstverlening. Beroepsactiviteiten als verpleging en verzorging echter worden in de vorm van thuis- of gezinszorg veelvuldig vanuit bepaalde organisaties of instellingen verleend. In beginsel is de bepaling dus ook tot deze organisaties gericht. Hierna zal worden aangegeven dat dit enige consequenties heeft voor de vraag of en in hoeverre heroverweging van de bepaling in de rede ligt.

Het parlement had enig bezwaar tegen de bepaling omdat zij teveel zou aansluiten bij maatschappelijke patronen en opvattingen van dat moment en seksestereotypen in de hand zou werken. Niettemin wijzigde de opvatting van de wetgever in de jaren daarna niet. Ook in het kader van de AWGB zijn diverse uitzonderingen gemaakt voor functies of diensten binnen particuliere huishoudens. Uit het veldonderzoek blijkt eveneens dat werk in het particuliere huishouden, met name huishoudelijke functies, als typisch vrouwenwerk wordt beschouwd. Tevens bleek uit de gesprekken met personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars die personeel aantrekken ten behoeve van thuiszorginstellingen, dat particulieren in het algemeen de voorkeur geven aan een vrouw. Hoewel genoemde respondenten benadrukten dat het hier om professionele hulpverlening gaat waarbij het geslacht geen rol behoort te spelen, gaven zij toch aan dat zij in beginsel wel rekening willen houden met een eventuele voorkeur voor vrouwelijk personeel.

In enkele van de onderzochte EG-landen komt deze uitzondering eveneens voor. Bij de CGB is slechts eenmaal een casus op dit terrein voorgelegd. Zij betrof hulpverlening vanuit een organisatie voor gezinshulp. De Commissie was toen van oordeel dat voor de desbetreffende functie het geslacht niet een bepalende factor was. De 'lijst' bestond toen echter nog niet. Wel was de Commissie van opvatting dat de beroepsactiviteiten de tijdens de parlementaire behandeling als voorbeeld waren gegeven, een limitatieve opsomming betrof. Een niet genoemde beroepsactiviteit kon derhalve geen uitzondering vormen. Dat het in de betreffende casus de uitdrukkelijke wens van een particulier betrof was daarbij voor de CGB niet relevant.

Uit het voorgaande zijn twee conclusies af te leiden. In de eerste plaats is op de uitzondering op zichzelf weinig aan te merken omdat zij beoogt een oplossing te bieden voor een botsing tussen twee grondrechten. In de tweede plaats kan worden geconstateerd dat de persoonlijke opvattingen van particulieren meebrengen dat voornamelijk vrouwen het werk in particuliere huishoudens verrichten, waardoor seksestereotypering in de hand wordt gewerkt, dan wel bestendigd. Enerzijds kan dit een onoplosbaar probleem worden geacht omdat mannen naar dit soort functies niet solliciteren, maar anderzijds zou deze conclusie een reden kunnen zijn om na te gaan of ter wille van het doorbreken van de seksestereotypering de bepaling bijstelling behoeft. Daarbij zou het niet moeten gaan om een wijziging in de redactie, aangezien de bepaling zelf niet seksestereotiep is geformuleerd. Wel zou in de toelichting nader op de toepassing van de bepaling kunnen worden ingegaan. Van belang is vooral dat wordt aangegeven dat de bepaling zowel tot particulieren als tot (hulpverlenings)organisaties is gericht. En in dat verband dient de vraag aan de orde te komen of de wens van de particulier onder alle omstandigheden de doorslag moet geven. Verdedigbaar is de opvatting dat dat niet het geval is als de hulpverlening vanuit een instelling wordt verleend omdat het in dat geval om professionele hulpverlening gaat.

Deze vraag dient derhalve eerst door de wetgever in beschouwing te worden genomen. Inspiratie voor het antwoord kan worden ontleend enerzijds uit hetgeen door personeelschefs en arbeidsbemiddelaars op dit punt naar voren is gebracht en anderzijds uit de casus die bij de CGB speelde. Personeelschefs gaven er blijk van dat mentaliteitsverandering denkbaar was. Zeker zou gewend kunnen worden aan dienstverlening door een man bij een mannelijke particulier, hetgeen al zou bijdragen aan doorbreking van seksestereotypering. In de casus voor de CGB kwam aan de orde dat de vrouw die de mannelijke gezinshulp weigerde geen bezwaar zou maken tegen hulpverlening door een man in het ziekenhuis omdat het dan gaat om een gedwongen en tijdelijke situatie.

Aanbevelingen:

- geef aan onder welke omstandigheden bij deze uitzondering de wens van de particulier al of niet de doorslag mag geven;
- ga daarbij na of het van belang is of de hulpverlening vanuit een organisatie wordt verleend.

8.4.6 Persoonlijke dienstverlening buiten het particuliere huishouden

WGB-besluit artikel 1 sub e:

De beroepsactiviteiten die inhouden de persoonlijke verzorging, verpleging of opvoeding van dan wel hulpverlening aan personen, indien de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht.

Over het argument dat aan deze uitzondering ten grondslag ligt is de Nederlandse wetgever niet duidelijk geweest. In beginsel lijkt het echter te gaan om de afbakening van het grondrecht op gelijke behandeling tegenover het recht op eerbiediging van de privacy van degene ten behoeve van wie hulpverlening plaatsvindt.

De uitzondering sluit vrouwen niet uit. Gesteld zou zelfs kunnen worden dat eerder het omgekeerde het geval is. De uitzondering heeft betrekking op een scala aan hulpverleningsorganisaties waar in meerderheid vrouwen werken.

De uitzondering heeft betrekking op zowel de aard van de werkzaamheden als de omstandigheden waaronder zij moeten worden verricht. Voor wat betreft de aard van de werkzaamheden gaat het om persoonlijke verzorging, verpleging, opvoeding en hulpverlening, dat wil zeggen om zowel medische als psychosociale hulpverlening. Om deze activiteiten ging het ook in de hiervoor behandelde uitzondering. Het essentiële verschil is dat in de onderhavige uitzondering deze werkzaamheden buiten het particuliere huishouden plaatsvinden. Als voorbeelden van concrete functies noemde de regering opvang van mishandelde vrouwen, behandeling van patiënten met ernstige seksuele stoornissen, in therapieën en telefonische hulpdiensten. Desondanks leek de regering te beseffen dat de bepaling nog te weinig specifiek was of te weinig inging op de specifieke beroepsactiviteiten, gezien de vermelding dat de bepaling meer een toetsingskader biedt, dan dat ze specifieke beroepen noemt. De situatie lijkt daarmee vergelijkbaar met die in het Verenigd Koninkrijk waar de ‘lijst’ geen concrete beroepen bevat, maar meer een aantal criteria of karakteristieken geeft waaraan moet worden getoetst voor de vraag of in concreto van een functie of activiteit kan worden gesproken waarvoor het geslacht een bepalende factor is. Meer precies gezegd gaat het om criteria aan de hand waarvan moet worden vastgesteld welk grondrecht voorgaat: het beginsel van gelijke behandeling of het recht op privacy.

Voor wat betreft de omstandigheden waaronder de werkzaamheden moeten worden verricht gaat het om arbeidsorganisaties, oftewel instanties en instellingen die intramurale zorg of buiten het particuliere huishouden ambulante hulp verlenen. Meer specifiek echter geldt als voorwaarde om een functie om deze reden als geslachtsbepaald aan te merken dat de arbeidsorganisatie de werkzaamheden niet anders kan inrichten dan zij doet, om de hele functie geslachtsbepaald te maken.

Met het oog op het evenredigheidsbeginsel lijkt de uitzondering passend en noodzakelijk voor het doel: het respecteren van de persoonlijke levenssfeer. Op het evenwicht is bij deze uitzondering op twee manieren specifiek gelet. De eerste manier staat in de bepaling zelf met de zinsnede “indien de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht.” Met deze zinsnede wordt niet alleen de voorwaarde waaronder het werk moet worden verricht gespecificeerd, zoals hiervoor gesteld. Tevens is er de verplichting voor de werkgever in te lezen om goed binnen de arbeidsorganisatie rond te kijken of daarbinnen een persoon van het gewenste geslacht aanwezig is om de geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten uit te voeren. Daarmee wordt gezinspeeld op de situatie dat er wel geslachtsbepaalde taken zijn, maar dat die taken de functie in zijn totaliteit niet noodzakelijk geslachtsbepaald hoeven te maken.

De andere manier om evenwicht te bewerkstelligen heeft alleen betrekking op jeugdinternaten en vergelijkbare instellingen. In dit soort arbeidsorganisaties is het toegestaan te streven naar een evenwichtige man/vrouw-verhouding binnen het personeelsbestand. Dat kan echter alleen op basis van pedagogische overwegingen.

Bij de totstandkoming is op deze uitzondering veel kritiek geleverd omdat het hier uitsluitend om maatschappelijke opvattingen zou gaan. De regering beloofde de bepaling te schrappen als er in geen enkel geval meer een beroep op werd gedaan.

In het overzicht van de regelgeving in andere EG-lidstaten bleek dat bijna elk land wel een uitzondering op dit terrein kent. De mate van specificiteit loopt echter uiteen. Denemarken en Duitsland noemen een opvanghuis voor vrouwen. In Denemarken is niet geaccepteerd het uitsluiten van vrouwen in functies in een psychiatrische inrichting vanwege mogelijke agressie van patiënten. In Ierland en het Verenigd Koninkrijk is de opzet veel ruimer. In Ierland gaat het in zijn algemeenheid om het verrichten van persoonlijke diensten en in het Verenigd Koninkrijk om werk waar lichamelijk contact in het geding is. Toch zijn het – voor zover uit de relevante literatuur op te maken – in laatstgenoemde landen geen uitzonderingen waarover veel discussie is (geweest).

Uit het veldonderzoek blijkt in zeker opzicht van veranderde opvattingen. Aangegeven wordt dat men aanvankelijk veronderstelde dat een vrouw een bepaald soort werk niet kon doen vanuit veiligheidsoogpunt, bijvoorbeeld indien sprake was van agressie van de zijde van patiënten of cliënten. Toen gebleken was dat een vrouw dat werk net zo goed als een man – maar anders – aankon, werden vrouwen meer geaccepteerd. Thans worden functies in de hulpverlening waarbij het element ‘veiligheid’ aan de orde kan zijn, niet meer geslachtsbepaald geacht. Voor het overige wordt door arbeidsbemiddelaars en personeelsfunctionarissen aangegeven dat door de opdrachtgever een man of een vrouw voor een bepaalde functie vaak wel wenselijk wordt geacht en dat overeenkomstig die wens personeel wordt aangehouden.

Bij de CGB blijkt deze uitzondering de meeste procedures op te leveren. Bijna het hele hulpverleningscircuit is aan de orde is geweest. Uit enkele zaken blijkt expliciet van een gewijzigde opvatting: functies die aanvankelijk niet en daarna wel geslachtsbepaald werden geacht (blijf-van-mijn-lijf-huis; docent zelfverdediging voor meisjes). In de overige zaken was meer impliciet sprake van veranderende opvattingen. In essentie gaat het in al deze zaken om de wens tot een bepaalde m/v samenstelling van het (hulpverlenings)team. Een korte uiteenzetting over dit onderwerp en over wijze van toetsing door de CGB lijkt nuttig.

Teamsamenstelling

Uit de oordelen van de CGB inzake hulpverlening blijkt dat de vraag in een personeelsadvertentie om een persoon van het ene dan wel het andere geslacht, doorgaans is ingegeven door de wens om in het (hulpverlenings)team een bepaalde m/v-verhouding tot stand te brengen. Soms is het streven eenvoudig gericht op een evenwichtige m/v-samenstelling omdat de doelgroep in beginsel ook uit evenveel mannen als vrouwen bestaat. In dit geval is niet de hele functie geslachtsbepaald,

maar bepaalde beroepsactiviteiten zijn dat wel. Al naar gelang de specifieke activiteit die aan de orde is kan dan een man of een vrouw worden ingezet. Indien de doelgroep niet uit evenveel mannen als vrouwen bestaat wordt wel gesteld dat men in de teamverhouding een afspiegeling wil zien van de samenstelling van de doelgroep. Bestaat de doelgroep bijvoorbeeld voor 80% uit mannen en voor 20% uit vrouwen dan dient het team ook voor 80% uit mannen en voor 20% uit vrouwen te bestaan. Een derde variant bestaat er uit dat men minstens personen van beide geslachten in het team vertegenwoordigd wil zien.

Bij hulpverlening die mede of uitsluitend op allochtonen is gericht (b.v. maatschappelijk werk of gezondheidszorg in asielzoekerscentra), is de wens tot een bepaalde teamsamenstelling zo mogelijk nog sterker. Het afspiegelingsbeginsel wordt daarbij ook wel zo ingevuld dat er in het team ook allochtonen dienen te zitten.

Als reden voor de behoefte aan een bepaalde m/v-verhouding in het team wordt doorgaans aangegeven dat de hulpverlening wellicht effectiever is, of een grotere doelgroep bereikt, als zij door een persoon van een bepaald geslacht wordt verricht. Dit op basis van veronderstellingen over voorkeuren van de doelgroep of aanwezig geachte wensen bij de cliëntèle of de patiënten. Of die voorkeuren werkelijk bestaan is niet altijd duidelijk. Zeker waar het hulpverlening onder allochtonen betreft blijkt uit de casuïstiek van uiteenlopende opvattingen. Soms wordt gesteld dat allochtone mannen alleen door mannen geholpen willen worden, en allochtone vrouwen alleen door vrouwen of er wordt gesteld dat allochtone mannen niet willen dat hun vrouwen door mannen geholpen worden. Bij ervaringsdeskundigen blijkt echter weer van onderling niet overeenkomende opvattingen.

De toets door de CGB

In zaken die in de hulpverlening spelen kan de samenstelling van het team in beginsel geen rol spelen, althans dat kan a contrario worden afgeleid uit het feit dat de nota van toelichting bij het WGB-besluit expliciet stelt dat in jeugdinternaten en vergelijkbare instellingen wel ruimte is voor het streven naar een evenwichtige m/v-teamsamenstelling. De CGB heeft op dit terrein nog geen vaste lijn in de oordeelsvorming ontwikkeld. Soms wordt wel aandacht besteed aan de gewenste teamsamenstelling en soms in het geheel niet. Aan de vraag of het om een geslachtsbepaalde functie of slechts om geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten gaat, wordt doorgaans niet toegekomen. Daarom komt de mogelijkheid de werkzaamheden anders te organiseren, evenmin structureel aan bod. Deze toetsingselementen hangen echter wel onderling samen. Als blijkt dat het enkel om een geslachtsbepaalde activiteit gaat (en niet om een beroep) kunnen de werkzaamheden wellicht anders georganiseerd. Dat kan echter pas als in de organisatie werknemers van beide geslachten aanwezig zijn. Derhalve speelt de samenstelling van het team altijd een rol. In die zin dat er in ieder geval in het team zowel mannen als vrouwen moeten voorkomen. In beginsel zou dus in alle gevallen moeten worden nagegaan of het om een beroep of om een beroepsactiviteit gaat, of de werkzaamheden anders kunnen worden ingericht en of de samenstelling van het team daarvoor de mogelijkheid biedt. Het is mogelijk dat de CGB al deze aspecten wel naloopt, maar dat dat in de oordelen niet systematisch tot uiting komt, wellicht in verband met de

concrete omstandigheden van het geval. Hoe dan ook, voor de justitiabele is niet duidelijk wat wel en niet is toegestaan en evenmin welke argumenten moeten worden aangevoerd. Zeker is dat de Commissie de argumentatie vaak te mager acht omdat die berust op de veronderstelde wensen van de doelgroep. Wellicht is dat de reden dat de Commissie er allengs toe over is gegaan zich vooral te laten overtuigen met (gedegen) onderzoek waarin de juistheid van die veronderstelde wensen al of niet wordt bevestigd.

In de oordelen die betrekking hebben op de jeugdhulpverlening blijkt van een andersoortig knelpunt bij de toetsing. Hier mag wel worden gestreefd naar een evenwichtige m/v teamverhouding, mits daaraan een pedagogisch argument ten grondslag ligt. Dat argument wordt door de CGB wel zorgvuldig getoetst. Maar hoewel inmiddels de pedagogische juistheid van een evenwichtige samenstelling van het team voldoende in onderzoek is onderbouwd, dient iedere jeugdhulpverleningsorganisatie opnieuw hetzelfde verhaal te vertellen. Voorts wordt ook in deze zaken door de CGB niet gekeken naar de mogelijkheden de werkzaamheden anders in te richten. Hier is echter de vraag te stellen of die mogelijkheid wel moet worden onderzocht bij jeugdinternaten. Uit het besluit of de nota van toelichting is daaromtrent niets af te leiden. Gesteld kan worden dat dat niet het geval is aangezien het argument voor de evenwichtige m/v-verhouding in jeugdinternaten van totaal andere aard is dan het argument voor bepaald teamsamenstellingen in de overige vormen van hulpverlening.

Samenvatting

Samengevat kan worden geconstateerd dat in de hulpverlening sprake is van zowel maatschappelijke ontwikkelingen als van wijzigende opvattingen. Voor wat betreft de ontwikkelingen kan gewezen worden op een hulpverlening die zich uitbreidt en steeds specialistischer wordt enerzijds en op de instroom van allochtonen anderzijds. Voor wat betreft de opvattingen gaat het thans niet meer om de vraag of vrouwen dit werk wel kunnen verrichten maar om de vraag of de hulpverlening wellicht effectiever is of een grote doelgroep bereikt als zij door personen van een bepaald geslacht wordt verleend. De veronderstelde wensen van de cliëntèle spelen daarbij een belangrijke rol. Nu is het een feit van algemene bekendheid dat burgers de laatste decennia mondiger zijn geworden. Zij geven daardoor ook sneller blijk van een voorkeur voor een man of een vrouw. Dat is bijvoorbeeld ook te constateren in de gezondheidszorg waar een tendens is dat vrouwelijke patiënten vaker kiezen voor hulpverlening door een vrouwelijke (huis)arts. In de hulpverleningsvormen die bij de CGB aan de orde waren lijkt die lijn te worden doorgetrokken. De consequentie is dat functies in de hulpverlening geslachtsbepaald worden. Daarmee is echter sprake van een wijziging in opvatting die een andere richting uitgaat dan oorspronkelijk was verwacht. De verwachting was een beweging van geslachtsbepaald naar niet-geslachtsbepaald. In werkelijkheid is die beweging op het gebied van medische en psychosociale hulpverlening precies andersom. De vraag is of hieraan moet worden toegegeven.

De problematiek bij hulpverlening onder allochtonen is nog specifiek. De wens tot hulpverlening door een man of door een vrouw (of een allochtone man of

vrouw) lijkt hier prangender. Ook uit het rechtssociologisch onderzoek blijkt stelligheid over de geslachtsbepaaldheid van bepaalde vormen van hulpverlening, bijvoorbeeld in peuterspeelzalen (voor zover dat nog als ‘hulpverlening’ kan worden beschouwd) en gezinsinterventieprojecten: dat werk dient verricht te worden door een vrouw. In dat verband is de vraag te stellen of voor hulpverlening onder allochtonen andere maatstaven moeten worden aangelegd voor de geslachtsbepaaldheid van een functie of beroepsactiviteit dan voor hulpverlening onder autochtonen. Vragen met betrekking tot het afspiegelingsbeginsel spelen trouwens niet alleen bij geslachtsbepaalde functies maar ook in breder verband. Bij de CGB is in dit opzicht een zaak geweest met betrekking tot een Kabelraad, die ingevolge de Mediawet ook qua samenstelling een afspiegeling van de bevolking moet zijn. Opvallend is dat deze problematiek niet aan de orde komt in Duitsland en Frankrijk, hoewel beide landen eveneens grote aantallen allochtonen kennen.

De CGB manoeuvreert zorgvuldig binnen de ruimte die zij heeft, maar die is niet groot. Het resultaat is dat geen richting wordt aangegeven ten aanzien van de toelaatbaarheid van de toepassing van deze uitzondering. De toetsingswijze wisselt, niet alle toetsingselementen komen standaard aan bod, jeugdinternaten dienen steeds hetzelfde verhaal te vertellen en de mogelijkheid de arbeidsorganisatie anders in te richten speelt geen grote rol in de oordelen, wellicht omdat niet duidelijk is welke aspecten bij die toets in acht moeten worden genomen.

Een en ander is onbevredigend en de vraag is of de toets niet meer gestandaardiseerd kan worden.

Conclusie

Het criterium van de regering voor het schrappen van deze uitzondering in de toekomst gaat in ieder geval niet op. Dat criterium hield in dat de bepaling zou kunnen worden geschrapt als er nooit meer een beroep op werd gedaan. Het tegendeel blijkt het geval. Ook gezien alle ontwikkelingen lijkt het in ieder geval niet aangewezen om de bepaling zonder meer te schrappen. Wel is er aanleiding de bepaling meer aan te passen aan de eisen van deze tijd. Daartoe zou de bepaling – alsmede de toelichting – anders geformuleerd kunnen worden. Alvorens tot wijziging over te gaan dient de wetgever zich echter uit te spreken over een aantal vragen.

Aanbevelingen:

- gezien de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden op het terrein dat door artikel 1 lid e van het besluit wordt bestreken is het aan te bevelen deze bepaling aan te passen.

Alvorens daartoe over te gaan dient er eerst een bezinning plaats te vinden over de volgende vragen:

- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of een bepaalde m/v-teamverhouding in de medische en psychosociale hulpverlening is geoorloofd.
- betrek daarbij de volgende subvragen:
 - in welke omstandigheden mag de wens of de voorkeur van de patiënten/cliënten bepalend zijn?

- zijn er specifieke beroepsactiviteiten of functies te noemen waarbij dit wel/niet is toegestaan?
- moet een onderverdeling gemaakt worden in medische en psychosociale hulp?
- moeten/mogen er voor werk met/voor allochtonen afwijkende maatstaven gelden?
- is hantering van het afspiegelingsbeginsel toegestaan om een doelgroep te bereiken?
- is het nodig of raadzaam daarvoor een functioneel criterium uit te werken of een afwegingskader te geven?
- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag hoe de toets van de handhavingsinstantie (CGB of rechter) moet verlopen.
- betrek daarbij de volgende subvragen:
 - moet de toets meer gestandaardiseerd zodat het hele toetsingskader aan bod komt?
 - hoe moet de toets voor een andere inrichting van de werkzaamheden binnen de arbeidsorganisatie verlopen?
 - kan haalbaarheid in de praktijk, of efficiency (bijv. in verband met de kosten die werkgevers moeten maken om een functie te analyseren) daarbij een argument zijn?
 - is het noodzakelijk vast te houden aan het uitgangspunt dat de geslachtsbepaaldheid van een hulpverleningsfunctie van geval tot geval moet worden beoordeeld? Is het niet praktischer voor sommige veel voorkomende situaties branche-richtlijnen te maken, opgesteld bijvoorbeeld door de CGB in samenspraak met de wetgever?
 - is het nuttig en noodzakelijk om in overeenkomende zaken, zoals bijvoorbeeld in de jeugdhulpverlening ten aanzien van de pedagogische overwegingen, van iedere werkgever opnieuw te vragen zijn argumenten uitputtend te onderbouwen? Oftewel: kan de toets voor het pedagogisch argument niet gestandaardiseerd?

8.4.7 *Dienstverlening en schaamtegevoelens bij cliëntèle*

WGB-besluit artikel 1 sub f:

De beroepsactiviteiten die inhouden de behandeling of de bejegening van personen, indien wegens ernstige schaamtegevoelens bij deze personen de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht.

De Nederlandse wetgever heeft ook bij het doel van deze uitzondering slechts summiër stilgestaan. Welbeschouwd echter gaat het hier net als bij artikel 1 sub e van het besluit om de afbakening van grondrechten: het recht op gelijke behandeling versus het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM en

10 lid 1 Grondwet). Zo althans benaderde de Centrale Raad van Advies voor het Gevangeniswezen, de Psychopatenzorg en de Reclassering de klacht van een mannelijke gedetineerde die door een vrouw was gevisiteerd.

De uitzondering sluit vrouwen noch mannen uit. Indien sprake is van schaamtegevoelens in combinatie met bejegening/behandeling, kan de dienstverlening aan vrouwen door vrouwen geschieden en dienstverlening aan mannen door mannen.

De uitzondering heeft zowel betrekking op de aard van de werkzaamheden als op de voorwaarden waaronder zij worden verricht. Voor wat betreft de aard van de werkzaamheden gaat het om beroepsactiviteiten die inhouden behandeling/bejegening van mensen waarbij schaamtegevoelens kunnen optreden. Het verschil met de voorgaande bepaling is subtiel; het is niet geëxpliciteerd in de nota van toelichting bij het besluit. Beide uitzonderingen zijn als één geheel behandeld. Maar in essentie is het verschil dat het hier niet om hulpverlening gaat, maar om contacten die in het dagelijks leven voorkomen en waarbij 'bejegening' een rol speelt. Als specifieke beroepsactiviteit is alleen 'het visiteren' genoemd in de nota van toelichting. Voor het overige geldt ook hier dat er geen concrete beroepsactiviteiten zijn genoemd, maar meer een aantal criteria of karakteristieken aan de hand waarvan moet worden afgewogen welke van de beide grondrechten die in het geding zijn voorrang heeft.

De 'voorwaarden waaronder' kunnen bepalend zijn voor de vraag of het om beroepsactiviteiten gaat of om functies. Het visiteren in gevangenis en door de politie kan gezien worden als een onderdeel van de totale functie. Het visiteren op bijvoorbeeld een luchthaven omvat wellicht de hele functie van 'visiteur'.

Voor wat betreft het evenredigheidsbeginsel wordt verwezen naar de voorgaande paragraaf. Het evenwicht kan ook op dezelfde wijze worden bewaakt, namelijk door te kijken of de werkzaamheden in de arbeidsorganisatie zodanig kunnen worden verdeeld dat niet de hele functie als geslachtsbepaald moet worden aangeboden.

Net als bij de voorgaande uitzondering met betrekking tot de hulpverlening is door het parlement gesteld dat deze uitzondering uitsluitend te maken heeft met maatschappelijke opvattingen. In de onderzochte EG-landen komt de uitzondering voor op twee terreinen. Duitsland noemt speciaal beroepsbezigheden in het gevangeniswezen en bij het visiteren. Denemarken meldt de functie van verkoopster van damesondergoed. In Ierland en het Verenigd Koninkrijk kan deze uitzondering onder de ruimere categorie vallen van respectievelijk 'persoonlijke diensten' of werk waar lichamelijk contact aan de orde is. Het veldonderzoek laat zien dat geslachtsbepaaldheid van bepaalde beroepsactiviteiten die onder deze categorie vallen wenselijk wordt geacht in verband met de belangen van de cliëntèle.

Bij de CGB ging het precies om de twee in andere EG-lidstaten genoemde beroepsactiviteiten: visiteren en werkzaamheden in een winkel in positiekleding.

Samengevat kan worden vastgesteld dat op het terrein dat deze bepaling bestrijkt van een wijziging in opvatting of van een maatschappelijke ontwikkeling niet kan worden gesproken. Niettemin zijn er enkele kanttekeningen te maken. De bepaling bestrijkt in beginsel uiteenlopende terreinen. Een visitatie wordt mensen

opgelegd. Een bezoek aan een winkel in lingerie of positiekleding geschiedt uit vrije wil. De vraag is of op deze totaal verschillende gebieden dezelfde toetsingscriteria moeten worden toegepast. Het is bijvoorbeeld verdedigbaar te stellen dat bij een behandeling die wordt opgelegd, zoals een visitatie, het grondrecht op lichamelijke integriteit verdergaand gerespecteerd moet worden. Dat was ook de opstelling van de Centrale Raad van Advies voor het Gevangeniswezen, de Psychopatenzorg en de Reclassering. Die opvatting lijkt echter niet in dezelfde mate op te gaan voor de genoemde detailhandelszaken. De motivering voor de geslachtsbepaaldheid van een functie in die branche is vooral ingegeven door de (veronderstelde?) wensen van de cliëntèle. In de kern gaat het hier dus om mogelijke verliezen voor de onderneming. In het rechtsvergelijkend hoofdstuk is aan de orde gekomen dat in sommige landen gediscussieerd wordt over de vraag of een dergelijk zakelijk argument een rol mag spelen bij de vraag of een functie geslachtsbepaald is.

Gezien dit alles kan geconcludeerd worden dat de bepaling nader genuanceerd en nader toegelicht moet worden. Daarbij moeten een aantal vragen onder ogen worden gezien.

Aanbevelingen:

- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of bij een visitatie het grondrecht op eerbieding van de lichamelijke integriteit verdergaand gerespecteerd moet worden;
- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of de wensen van klanten gerespecteerd mogen worden;
- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of een beroep op mogelijke verliezen van de onderneming gehonoreerd kan worden.

8.4.8 Feitelijke belemmering vanwege beschermende wetgeving

WGB-besluit artikel 1 sub g:

De beroepsactiviteiten waarvan de vervulling of uitoefening door personen van een bepaald geslacht feitelijk wordt belemmerd door wettelijke voorschriften betreffende de bescherming van personen van dat geslacht bij de arbeid.

Het achterliggend argument voor deze uitzondering heeft betrekking op bescherming van de persoonlijke gezondheid/veiligheid. De meer algemene achtergrond van deze uitzondering waren de ten tijde van de introductie van richtlijn 76/207 in alle EG-landen voorkomende voorschriften die bepaalde werkzaamheden voor vrouwen verboden. Voor mannen bestonden dergelijke voorschriften niet.

Gezien deze achtergrond betrof de uitzondering, ondanks de seksneutrale formulering, uitsluitend vrouwen. Alleen vrouwen konden worden uitgesloten van bepaalde soorten arbeid of van bepaalde beroepsactiviteiten.

De uitzondering kan zowel de aard van de arbeid betreffen als de voorwaarden waaronder de activiteiten worden verricht. Voor zover het de aard van de arbeid betreft hadden de beschermende voorschriften betrekking op bijvoorbeeld nachtar-

beid, overwerk en stuwadoorsarbeid. In andere gevallen kan het gaan om arbeid die schadelijk is wanneer men aan gevaarlijke stoffen wordt blootgesteld. Dan betreft het de voorwaarden waaronder de arbeid moet worden verricht.

De enige specifieke beroepsactiviteit die de wetgever bij totstandkoming noemde, betrof stuwadoorsarbeid welke destijds nog voor vrouwen verboden was in de (inmiddels op dat punt gewijzigde) Stuwadoorswet. Thans bestaan er geen bepalingen van die aard meer in een wet in formele zin. Mogelijk kunnen dergelijke bepalingen nog wel voorkomen in lagere regelgeving. Het is evenwel niet duidelijk of onder het begrip 'wettelijke bepalingen' uitsluitend bepalingen bedoeld zijn die in een wet in formele zin voorkwamen.

Aan het evenredigheidsbeginsel lijkt met deze bepaling geen enkele aandacht besteed. Er is niets gezegd over de passendheid of de noodzaak van deze uitzondering, noch over de mogelijkheid met hulpmiddelen of beschermende kleding het schadelijke van de arbeid te verminderen.

Ten tijde van de totstandkoming van deze uitzondering was al sprake van een maatschappelijke ontwikkeling op dit punt. Algemeen was de opvatting dat aparte beschermende voorschriften voor vrouwen dienden te worden afgeschaft. Ook de diverse adviesorganen stonden wantrouwig tegenover deze uitzondering. In het bijzonder werd gewezen naar de voor mannen en vrouwen verschillende normstelling inzake gevaarlijke stoffen (MAC-waarden). Het formele standpunt hieromtrent luidde dat dat probleem snel zou worden aangepakt zodat op termijn die normstellingen voor mannen en vrouwen eender zouden zijn. In dat verband is in de praktijk in het arbeidsvoorwaardenbeleid veel aandacht besteed aan een schone werkomgeving, bijvoorbeeld door ontwikkeling van verbeterde afzuigsystemen.

EG-richtlijn 76/207 ging eveneens uit van opheffing van beschermende wetgeving, gezien de artikelen 3 en 5 die bepalen dat dergelijke voorschriften dienen te worden afgeschaft. In het rapport van de Europese Commissie 1981 maakte de Commissie expliciet duidelijk dat beschermende wetgeving voor vrouwen los moet worden gezien van voor vrouwen uitgesloten functies of beroepsactiviteiten op andere gronden. Op deze basis waren in Nederland kort voor de totstandkoming van de 'lijst' het verbod op nachtarbeid en overwerk voor vrouwen dan ook al afgeschaft. Alleen de Stuwadoorswet resteerde nog. De uitzondering was in feite dus een tijdelijke bepaling en bij de totstandkoming is dan ook gevraagd uitdrukkelijk te vermelden dat het hier om een overgangsbepaling ging.

Voorts gaat ook het Vrouwenverdrag uit van een gelijke bescherming van de gezondheid van mannen en vrouwen en van een gelijk recht op veilige arbeidsomstandigheden, met inbegrip van de zorg voor het behoud van de voortplantingsfunctie (artikel 11 lid 1 sub f VV). Tot slot blijkt beschermende wetgeving in alle onderzochte EG-landen afgeschaft en kent bijna geen enkele van deze landen nog een aparte uitzondering op dit punt.

Al met al kan worden vastgesteld dat hier sprake is van maatschappelijke ontwikkelingen en van veranderde opvattingen. Gezien het feit dat de bepaling op zichzelf niet voldoet aan de criteria die door het HvJEG zijn gesteld met betrekking tot specificiteit en evenredigheid, en gezien de gewijzigde maatschappelijke opvattingen en ontwikkelingen, lijkt het gerechtvaardigd deze bepaling te heroverwegen.

In beginsel lijkt schrapping van de bepaling het meest voor de hand te liggen. De mogelijkheid bestaat evenwel dat er ooit een gevaarlijke stof (maar thans nog onbekend, er worden regelmatig nieuwe stoffen uitgevonden) op de markt wordt gebracht die dermate schadelijk is voor vrouwen of mannen, dat voor een van beide geslachten de toegang tot het werken met die stoffen moet worden ontzegd. Het is aan te bevelen een dergelijk voorschrift in een wet in formele zin op te nemen. Een wet in formele zin brengt mee dat er een discussie in het parlement plaatsvindt over de wenselijkheid van het voorschrift en dat de uitzondering kenbaar is. In samenhang hiermee wordt niet geopteerd voor het schrappen van de uitzondering die hier aan de orde is. In plaats daarvan lijkt de aanbeveling op zijn plaats duidelijk te maken dat onder een wettelijke bepaling ter zake een bepaling in een wet in formele zin dient te worden verstaan.

Aanbevelingen:

- stel vast dat beschermende voorschriften in een wet in formele zin dienen te worden opgenomen;
- geef in de toelichting aan dat met een wettelijke voorschrift ter bescherming van personen, een voorschrift in een wet in formele zin wordt bedoeld.

8.4.9 Werk buiten eigen jurisdictie

WGB-besluit artikel 1 sub h:

De beroepsactiviteiten die uitgeoefend worden:

- in andere Lidstaten van de Europese Gemeenschappen, indien in de betreffende Lidstaat ingevolge de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 (76/207/EG) deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden;
- in landen die geen Lidstaat zijn van de Europese Gemeenschappen, indien door het aldaar geldende recht of de aldaar heersende zedelijke of godsdienstige opvattingen deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden

De achterliggende argumentatie voor deze uitzondering betreft het gegeven dat wetgeving in het geding is waar Nederland geen invloed op heeft.

De bepaling sluit in beginsel vrouwen niet uit, al lijkt het vermoeden gerechtvaardigd dat deze uitzondering eerder vrouwen zal treffen dan mannen, omdat internationaal gezien eerder vrouwen geen toegang tot de arbeid hebben dan mannen.

Omdat het om werk in het buitenland gaat is niet te zeggen of deze uitzondering betrekking heeft op de aard van het werk of op de voorwaarden waaronder het moet worden verricht. Ook de Nota van Toelichting zwijgt daarover, evenals over de noodzaak en het evenredigheidsbeginsel.

Voor wat betreft de maatschappelijke ontwikkeling zij gewezen op het feit dat tijdens de totstandkoming van de uitzondering al kritisch is geoordeeld over deze uitzondering. Men vroeg zich af of het aanvaardbaar was dat Nederland meeding

met de opvattingen in landen die vrouwen om bepaalde redenen van de arbeidsmarkt uitsluiten.

Niettemin is geconstateerd dat de uitzondering in de meeste onderzochte EG-landen eveneens voorkomt, althans voor zover het het tweede onderdeel van de uitzondering betreft. De uitzondering van het eerste onderdeel betreft andere EG-lidstaten. Ten aanzien van dit onderdeel kan een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling worden vastgesteld. Uit het rechtsvergelijkend hoofdstuk is op te maken dat de regelgeving in de EG-lidstaten met betrekking tot gelijke m/v toegang tot de arbeid en de uitzonderingen daarop, zo langzamerhand aanzienlijk overeenkomt. Dus zou gesteld kunnen worden dat dit onderdeel in aanmerking komt voor bespreking van de vraag of het niet kan vervallen.

Voor functies buiten de EG geldt de gehanteerde argumentatie onverkort. De EG, noch EG-lidstaten hebben invloed op de elders heersende regelgeving. Deze uitzondering komt ook voor in de meeste EG-landen die zijn onderzocht. Daarom lijkt er geen aanleiding dit deel van de bepaling te schrappen. Weliswaar kan nog steeds de vraag worden gesteld naar de aanvaardbaarheid van acceptatie van gewoontes en gebruiken in andere landen, maar pragmatische redenen geven hier de doorslag. Het lijkt weinig zinvol een persoon van het niet gewenste geslacht aan te stellen voor een functie in een land buiten de EG, aangezien betrokkene aldaar niet aan het werk zal worden gezet. Een oplossing daarvoor kan niet bereikt worden via aanpassing van de Nederlandse wetgeving; diplomatieke druk en beïnvloeding via internationale arbeidsorganisaties lijkt een meer geëigende weg.

Aanbevelingen:

- overweeg het eerste onderdeel van deze bepaling te schrappen op grond van het gegeven dat de uitzonderingen voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in de meeste EG-landen overeenkomen;
- handhaaf het tweede onderdeel van de bepaling, ondanks de bedenkingen die daartegenin kunnen worden gebracht.

8.4.10 Krijgsmacht

WGB-besluit artikel 1 sub i:

De door de minister van Defensie aan te wijzen beroepsactiviteiten bij de Krijgsmacht.

Het argument voor deze uitzondering berustte op praktische overwegingen. Fysieke eisen en praktische belemmeringen in het kader van huisvesting, zouden redenen zijn om niet alle functies in de krijgsmacht voor vrouwen open te stellen. Afgezien hiervan zouden vrouwen in principe toegang hebben tot alle functies in de krijgsmacht. De uitzondering zou daarmee alleen betrekking hebben op de specifieke aard van bepaalde werkzaamheden en op specifiek benoemde voorwaarden waaronder dat werk zou moeten worden verricht.

De open formulering van de bepaling maakt het echter het mogelijk vrouwen geheel uit te sluiten van alle functies bij de krijgsmacht. De bepaling lijkt de minister van Defensie een absolute volmacht te geven bij zijn aanwijzingsbevoegdheid.

Inmiddels is er meer duidelijkheid ontstaan. De uitzondering blijkt in feite alleen functies bij het Korps Mariniers en bij de onderzeedienst te betreffen. Achteraf kan dus worden vastgesteld dat de minister van Defensie prudent gebruik heeft gemaakt van zijn volmacht en alleen specifieke beroepsactiviteiten heeft uitgezonderd.

Deze toepassing van de bepaling lijkt niet in strijd met de rechtspraak van het HvJEG. Omdat het de nationale veiligheid betreft geeft het Hof de lidstaten bij deze uitzondering meer beleidsvrijheid dan bij alle overige uitzonderingen. Niettemin moet een lidstaat wel goed motiveren en beargumenteren waarom bepaalde beroepsactiviteiten worden uitgezonderd, waarbij in beginsel ook aangegeven dient te worden hoe het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen. In het oordeel van de CGB over de toepassing in de praktijk van deze uitzondering achtte de Commissie de motivering en argumentatie van de zijde van de minister van Defensie vooralsnog acceptabel. Maar met het ‘vooralsnog’ gaf zij wel aan dat zij de beleidsvrijheid graag zag ingeperkt.

Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat er op nationaal niveau zonder meer sprake is van een maatschappelijke ontwikkeling met betrekking tot vrouwen bij de Krijgsmacht. Van een dergelijke ontwikkeling blijkt ook in de onderzochte EG-lidstaten. Sloten aanvankelijk vrijwel al deze landen vrouwen uit, thans staan bijna alle beroepsactiviteiten binnen het leger voor hen open. In sommige landen zijn zelfs alle functies voor vrouwen toegankelijk. De arresten *Sirdar* en *Kreil* hebben dat proces nog versneld.

Gezien deze stand van zaken lijkt er reden om de uitzondering voor de Krijgsmacht te heroverwegen. De open formulering is in strijd met de werkelijkheid en niet meer van deze tijd. De bepaling dient in ieder geval opnieuw te worden geredigeerd, zodat duidelijk wordt dat vrouwen alleen zijn uitgezonderd voor functies bij het Korps Mariniers en bij de onderzeedienst. In een toelichting dient de uitzondering gemotiveerd en beargumenteerd te worden. Daarnaast is het aan te bevelen eraan te blijven streven alle functies in de krijgsmacht voor vrouwen open te stellen.

Aanbevelingen:

- overweeg een zodanige nieuwe redactie van deze bepaling dat duidelijk wordt dat vrouwen alleen zijn uitgezonderd voor functies bij het Korps Mariniers en de onderzeebootdienst;
- motiveer en beargumenteer de uitzondering in de toelichting;
- streef er naar alle functies in de krijgsmacht voor vrouwen open te stellen.

8.5 Niet bestaande, mogelijk wel gewenste uitzonderingen

Uit het onderzoek blijkt dat bepaalde normadressaten in sommige situaties graag de mogelijkheid zouden hebben specifiek een vrouw dan wel een man te werven, ter-

wijl het huidige juridische kader daarvoor geen of onvoldoende mogelijkheden biedt. Twee van de bedoelde argumenten zullen hier de revue passeren: een evenwichtige samenstelling van het team en bescherming van klanten of patiënten en werknemers tegen ongewenste seksuele avances.

Uit de interviews en uit de aan de Commissie Gelijke Behandeling voorgelegde gevallen blijkt dat in sommige situaties een voorkeur bestaat voor een bepaald geslacht vanwege een nagestreefde evenwichtige samenstelling van het team met het oog op goede onderlinge verhoudingen. Een dergelijke voorkeur komt veel voor en de meeste geïnterviewde personeelsfunctionarissen en arbeidsbemiddelaars vinden het zeer acceptabel. Men vindt het vanzelfsprekend dat het uitmaakt of een bepaalde functie wordt vervuld door een man of door een vrouw en dat daarmee rekening wordt gehouden bij de vervulling van een vacature. Enkele organisaties met een sterke oververtegenwoordiging van vrouwen in het personeelsbestand geven bij gelijke geschiktheid de voorkeur aan een man. Het streven naar een evenwichtige man-vrouw verdeling binnen organisaties, afdelingen of teams is weliswaar gebruikelijk, maar het is in het algemeen op basis van de huidige regelgeving inzake gelijke behandeling formeel niet toegestaan. Het is uitsluitend geoorloofd bij jeugdinternaten op grond van pedagogische overwegingen. De CGB acht dat argument echter in het basisonderwijs al niet meer toelaatbaar (zie par. 7.7), ook al is in dit onderwijs de wens tot een evenwichtige teamsamenstelling ten behoeve van een gezonde ontwikkeling van het kind begrijpelijk.

Gezien de sterk toegenomen arbeidsmarktparticipatie van vrouwen kan men zich afvragen of de wetgever ruimte zou moeten bieden voor de wens van organisaties om te streven naar een zeker evenwicht tussen mannen en vrouwen binnen afdelingen of teams. De doelstelling de arbeidsmarktparticipatie van vrouwen te bevorderen en seksesegregatie en achterstelling op de arbeidsmarkt te doorbreken zou hiermee niet worden geschaad. Wel wordt afstand genomen van het tot nu gehanteerde principiële uitgangspunt dat het geslacht een irrelevant criterium dient te zijn bij de selectie van personeel (de enkele expliciet in wet of besluit aangeduide uitzonderingsgevallen daargelaten). Uiteraard dient een beroep op de 'samenstelling van het team' geen vrijbrief te zijn om vrouwen uit te sluiten van typische mannenberoepen. Maar wanneer minder dan een kwart van het personeel van een bepaald geslacht is, kan een voorkeur voor iemand van dat bepaalde geslacht bijdragen aan het doorbreken van seksesegregatie.

Een enkele keer blijkt voor een bepaalde vacature de voorkeur te worden gegeven aan een man of vrouw om klanten, cliënten en/of werknemers te beschermen tegen ongewenste seksuele avances. De huidige regelgeving kent deze uitzonderingsgrond niet. Dit argument is weliswaar verwant aan het argument van de bescherming van de intieme levenssfeer en de privacy (art. 1 sub d, e of f WGB-besluit), maar is daarvan toch te onderscheiden. Het argument is verdacht, aangezien juist dit soort bescherming van oudsher één van de argumenten was om vrouwen van veel soorten arbeid uit te sluiten. In het veldonderzoek wordt echter op specifieke situaties gewezen: jeugdinternaten en werk waarbij klanten/cliënten thuis worden bezocht. Bij jeugdinternaten is dit vooral een overweging bij de wijze waarop het werk wordt georganiseerd en een bijkomend argument (naast de peda-

gogische overwegingen) om te streven naar wat betreft geslacht gemengde teams. Bescherming van vrouwelijke klanten in een particuliere woning staat niet ver af van de thans toegelaten uitzonderingen van artikel 1 sub d, of e, van het Besluit. Overwogen kan worden het toepassingsbereik van deze bepalingen enigszins uit te breiden. Dat zou kunnen plaatsvinden door in de toelichting op deze bepalingen in te gaan op bescherming tegen seksuele avances. Teneinde al te snelle toepassing te voorkomen dienen de grenzen echter welomschreven te worden.

Voorkeur voor een man of vrouw met het oog op de bescherming van werknemers tegen de risico's van seksuele intimiteit en bescherming van klanten van bijvoorbeeld commerciële dienstverleners die mensen thuis bezoeken, is nu formeel niet mogelijk. Men kan stellen dat andere opties open staan om de ongewenste seksuele avances te vermijden. Zo kan een organisatie of dienstverlener een (mannelijke) klant uitsluiten van dienstverlening en kan een werknemer die ongewenste seksuele avances vertoont op staande voet worden ontslagen. Hoewel in de meeste gevallen een beroep op geslachtsbepaaldheid vanwege deze reden niet noodzakelijk of wenselijk lijkt, zijn of er wellicht specifieke situaties denkbaar zijn waarin overwogen zou moeten worden een voorkeur voor een man of een vrouw op grond van deze argumentatie toe te staan. Omdat dit argument ten minste gedeeltelijk betrekking heeft op angsten en mogelijke risico's, is het een moeilijk te waarderen argument. Hierbij zou het criterium of het werk anders kan worden georganiseerd strikt moeten worden toegepast.

Aanbevelingen:

- ga na of het gewenst is het toepassingsbereik van artikel 1 sub e van het besluit uit te breiden met een evenwichtige m/v samenstelling van het team in het basisonderwijs op grond van pedagogische argumenten;
- ga na of het gewenst is ruimte te scheppen voor geslachtsbepaaldheid vanwege een evenwichtige m/v samenstelling van het team van arbeidsorganisaties in het algemeen;
- ga na of het gewenst is het toepassingsbereik van de artikelen 1 sub d, e of f van het besluit uit te breiden met gevallen waarin bescherming tegen seksuele avances in instellingen noodzakelijk wordt geacht, onder het aangeven van welomschreven grenzen;
- ga na of het gewenst is een aparte bepaling te creëren voor geslachtsbepaaldheid met het oog op de bescherming van werknemers of klanten/cliënten tegen risico's van ongewenste seksuele avances in thuissituaties, onder het aangeven van welomschreven grenzen.

8.6 Samenloop met ras/etnische afkomst

De bijkomende onderzoeksvraag betreft de kwestie of er mogelijk sprake is van 'dubbele discriminatie' doordat er zowel een voorkeur voor personen van een bepaald geslacht als van een bepaald ras bestaat. Dat is bijvoorbeeld het geval als

alleen Nederlandse mannen worden aangeworven. Nederlandse vrouwen, alsook vrouwen van allochtone afkomst worden dan uitgesloten.

Geconstateerd moet worden dat het onderzoek op dit punt te weinig materiaal aandraagt om enige conclusie te kunnen trekken. Er is in ieder geval niet gebleken van omvangrijke samenval van ras- en geslachtsbepaaldheid. In hoofdstuk 2 is ingegaan op de nieuwe EG-richtlijn inzake discriminatie op grond van ras. Daarbij is gewezen op de ook in de rasrichtlijn voorkomende toegelaten uitzondering voor situaties dat het ras bepalend kan zijn voor de functie en op de overeenkomst van deze uitzondering met die van artikel 2 lid 2 van richtlijn 76/207. Over de praktijk zegt dit echter niets. In het bestudeerde materiaal voor het onderzoek naar de situatie in andere EG-lidstaten wordt nergens enig verband gelegd tussen geslachtsbepaaldheid en rasbepaaldheid. En dit terwijl toch vrijwel alle bestudeerde landen doende zijn hun gelijkebehandelingswetgeving m/v aan te passen aan de EG-rasrichtlijn en er in landen als bijvoorbeeld Frankrijk en Duitsland minstens zoveel immigranten leven als in Nederland.

Ten aanzien van de samenval van ras en geslacht op andere gronden dan geslachts- of rasbepaaldheid laten met name enkele oordelen van de CGB iets meer zien. Daarbij ging het om de voorkeur voor een allochtone (Turkse, resp. Marokkaanse) man in verband met de doelgroep waarmee moest worden gewerkt. De onderzoeksvraag richtte zich echter niet op deze situatie. De vraag zag op uitsluiting van allochtonen en niet op een voorkeur voor allochtonen. Ook het veldonderzoek geeft blijk van een soms bestaande voorkeur voor allochtonen, maar niet van het uitsluiten van allochtonen.

Door de komst van mensen uit vele landen is de Nederlandse samenleving in de laatste decennia in een aantal opzichten heterogener geworden. Op dit punt is dus zeker sprake van een maatschappelijke ontwikkeling. Uit dit onderzoek kan echter niet worden afgeleid dat dit dubbele uitsluiting van – met name – vrouwen tot gevolg heeft.

8.7 Vorm van de regeling

Zoals gezegd laat het HvJEG de lidstaten vrij in de vorm van de regeling. Het gegeven dat in Nederland een deel van de uitzonderingen in een wet staat en een ander deel in een Besluit is dus niet in strijd met de door het HvJEG aangebrachte randvoorwaarden.

Een andere eis die het Hof stelt is dat de regeling van uitzonderingen doorzichtig moet zijn en dat de uitzonderingen volledig moeten zijn geïnventariseerd opdat effectief controle kan worden uitgeoefend door de Europese Commissie.

Los hiervan wordt op nationaal niveau aan wetgeving in het algemeen de eis gesteld dat zij helder is, inzichtelijk en kenbaar. Gesteld kan worden dat de aspecten ‘doorzichtigheid’ en ‘geïnventariseerd’ van het Hof en de aspecten ‘helderheid’, ‘kenbaarheid’ en ‘inzichtelijkheid’ samenvallen.

Uit het rechtssociologisch onderzoek bleek dat bij arbeidsbemiddelaars en personeelsfunctionarissen geen kennis bestond over de benoemde uitzonderingen

uit de WGB m/v, dan wel het WGB- of het AWGB-besluit. Men was zelfs niet op de hoogte van het bestaan van deze 'lijsten'. Aangezien deze regelgeving bij uitstek 'gewone' werkgevers en werknemers betreft lijkt het zinvol stil te staan bij de doorzichtigheid en inzichtelijkheid, ondanks het gegeven dat de 'lijst' formeel voldoet aan de door het HvJEG gestelde criteria. Dit alles tegen de achtergrond dat door- en inzichtelijkheid de effectiviteit van wetgeving bevordert.

Onderstaand wordt met name gewezen op punten die tijdens het onderzoek zijn opgevallen.

8.7.1 Regeling bij wet of bij besluit

De spreiding van de bepalingen over een wet en een besluit is uitgebreid gemotiveerd door de wetgever. Een uitzondering die te maken heeft met de afbakening van grondrechten dient in een wet te staan. Een dergelijke uitzondering is niet onderhevig aan maatschappelijke ontwikkelingen of aan veranderende opvattingen en zou niet voor aanpassing in aanmerking komen, aldus de regering. In paragraaf 8.4 is evenwel gebleken dat meer uitzonderingen dan de twee die in de WGB m/v zijn opgenomen afbakening van grondrechten als achtergrond hebben: de artikelen 1 sub d, e en f van het WGB-besluit. De wetgever is dus niet consequent geweest bij de uitvoering van haar principiële opstelling. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de regering slechts die uitzonderingen in de wet plaatste, waarbij de keuze door de wetgever al is gemaakt ten aanzien van de vraag welk grondrecht prevaleert bij een botsing van grondrechten: het beginsel van gelijke behandeling of een ander grondrecht. Vanuit dit gezichtspunt geredeneerd zouden derhalve de godsdienstvrijheid (geestelijke ambten) en de vrijheid van meningsuiting (artistieke beroepen) zonder meer voorrang hebben op het beginsel van gelijke behandeling. Bij botsing van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het beginsel van gelijke behandeling daarentegen zou, door plaatsing in het WGB-besluit, ruimte zijn voor een nadere afweging door de rechter of de CGB.

Een dergelijke verklaring is door de wetgever zelf echter niet gegeven. Zij lijkt in het algemeen ook niet houdbaar, gezien de aanvaarde theorie dat een hiërarchie van grondrechten niet bestaat. Slechts in een concreet geval kan worden afgewogen welk grondrecht voorgaat, hetgeen in beginsel impliceert dat een dergelijke afweging aan maatschappelijke opvattingen onderhevig is. Maar zelfs als de wetgever een andere opvatting op dit punt zou hebben zou nog steeds sprake zijn van inconsequentie. Ook in de AWGB is namelijk een bepaling opgenomen die betrekking heeft op de afbakening van het recht op privacy tegenover het beginsel van gelijke behandeling bij de arbeid: artikel 5 lid 2 sub 3 AWGB. Deze bepaling staat in de AWGB zelf en niet in het AWGB-besluit.

Voorts kan worden gewezen op artikel 2 van het AWGB-besluit inzake rasbepaalde functies. Artikel 2 sub a van dit besluit behelst precies dezelfde tekst als artikel 5 lid 2 sub b WGB m/v. Het argument dat hier sprake zou zijn van een afbakening van grondrechten heeft in dit geval kennelijk geen enkele rol gespeeld.

Met andere woorden: de spreiding van de uitzonderingen voor geslachtsbepaaldheid over twee documenten brengt mee dat juristen geconfronteerd worden

met regelgeving die niet logisch is en niet consequent, terwijl de uitzonderingen voor justitiabelen niet goed kenbaar zijn vanwege de spreiding over verschillende documenten.

Er zou derhalve nagedacht kunnen worden over een systematischer ordening van de uitzonderingen dan thans het geval is. Bij een dergelijke ordening zou kunnen worden afgestapt van het spreiden van de uitzonderingen over wet en besluit. Zij kunnen zonder bezwaar allemaal in één besluit. Zij zijn allemaal aan maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen onderhevig. Dit betekent echter niet dat de uitzonderingen doorlopend moeten worden bijgesteld. De zogenaamde ‘flexibiliteit’ van het WGB-besluit is ook niet bewaarheid.

Aanbeveling:

- ter wille van de doorzichtigheid van de regelgeving is het aan te bevelen alle uitzonderingen voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten bijeen te zetten in één besluit.

8.7.2 Uitsluiting of uitzondering: geestelijke ambten

Doorzichtigheid van de regelgeving is ook aan de orde bij het gegeven dat in de WGB m/v het geestelijk ambt als een geslachtsbepaalde uitzondering wordt aangemerkt, terwijl in de AWGB het geestelijk ambt geheel van toepassing van de wet is uitgesloten. Tussen een ‘uitzondering’ en een ‘uitsluiting’ bestaat een essentieel verschil. Bij een uitzondering is de wet in beginsel van toepassing, maar voor een bepaalde situatie mag van het verbod tot het maken van onderscheid worden afgeweken. Bij een uitsluiting is de wet in het geheel niet van toepassing.

Toch heeft dit dogmatische verschil niet geleid tot een gelijksoortige regeling in de WGB m/v en de AWGB. In de reactie op de AWGB-evaluatie liet de regering ook weten niets voor stroomlijning op dit punt te voelen omdat de strekking van de bepalingen zou overeenkomen. Dit lijkt een onjuist standpunt. Gezien het verschil tussen een uitzondering en een uitsluiting komt de strekking van de bepalingen niet geheel overeen.

Opnieuw lijkt derhalve de aanbeveling op zijn plaats om de uitzondering voor het geestelijk ambt in de WGB m/v en de AWGB op dezelfde wijze te regelen. De voorkeur gaat daarbij uit naar de verwerking zoals in de AWGB is gebeurd. Ook in de WGB m/v zou derhalve bepaald moeten worden dat de wet niet van toepassing is op geestelijke ambten. De reden hiervoor is dat dan een bezwaar wordt onderwerpen dat plaatsing van het geestelijk ambt in het WGB-besluit zou kunnen meebrengen. Het is immers niet ondenkbaar dat juist bij deze uitzondering de wetgever heeft willen aangeven dat de vrijheid van godsdienst per definitie voorrang heeft boven het beginsel van gelijke behandeling. In dat geval past het geestelijk ambt niet in een besluit.

Aanbeveling:

- sluit in een algemene bepaling in de WGB m/v het geestelijk ambt uit van toepassing van de wet.

8.7.3 *Afbakening van de drie uitzonderingen van artikel 2 van EG-richtlijn 76/207*

In het onderzoek is enkele malen gewezen op het gegeven dat het verschil tussen de uitzondering voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en de andere twee toegelaten uitzonderingen voor direct onderscheid op grond van geslacht (bescherming van het moederschap en voorkeursbeleid) niet scherp is. Dit leidt tot verwarring en tot niet inzichtelijke regelgeving.

In de loop der jaren is de verwarring afgenomen. De Europese Commissie gaf bij haar eerste evaluatie van de richtlijn te kennen dat artikel 2 lid 3 van richtlijn 76/207 uitsluitend op zwangerschap en bevalling slaat, dat het artikel strikt moet worden geïnterpreteerd en dat bepalingen die verlof of andere voordelen voor de opvoeding van jonge kinderen toekennen niet onder deze uitzondering vallen.²⁷⁴ Het HvJEG heeft in een reeks arresten de bepaling nader uitgewerkt en gepreciseerd. Op basis daarvan is nog weer nadere theorievorming ontstaan, waarin wordt gesteld dat bepalingen ter bescherming van het moederschap tot doel hebben zowel de gezondheid, als het inkomen en de arbeidsplaats van de zwangere, pas bevallen of zogende vrouw te beschermen.²⁷⁵

Ook de uitzondering voor voorkeursbehandeling is door de rechtspraak van het HvJEG nader omlijnd. Wat onder geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten moet worden verstaan, is in de loop van dit onderzoek aan de orde gekomen.

Door deze ontwikkelingen kan gesteld dat het verschil tussen de uitzonderingen thans duidelijk is. Zij zijn zonder meer te onderscheiden. Onderlinge verwarring hoeft niet meer te bestaan. Ter wille van de inzichtelijkheid dient ook de wetgever iedere aanleiding tot verwarring weg te nemen. In dat verband is het gewenst dat in de nota van toelichting bij het AWGB-besluit de passage wordt geschrapt waarin wordt opgemerkt dat bescherming van het moederschap een species is van geslachtsbepaaldheid.

Aanbeveling

- schrap, zodra de gelegenheid zich voordoet, in de nota van toelichting bij het AWGB-besluit de passage waarin wordt gesteld dat bescherming van het moederschap een species is van geslachtsbepaaldheid.

8.7.4 *Ordering*

Afgezien van het voorgaande kan ook een heldere ordening van de uitzonderingen bijdragen aan de inzichtelijkheid en kenbaarheid. In het bijzonder kan op twee punten worden gewezen.

In de eerste plaats zijn er drie aparte uitzonderingen die te maken hebben met authenticiteit. Eén voor acteurs enzovoort, één voor mannequins en één voor modellen. Het lijkt overzichtelijker als deze drie uitzonderingen samen in één bepaling

²⁷⁴ Europese Commissie 1981, p. 62-63.

²⁷⁵ Monster 1995, p. 281-305.

worden geplaatst. Gezien artikel 2 van het AWGB-besluit inzake rasbepaaldheid lijkt aan de spreiding over drie bepalingen geen dogmatische argumenten ten grondslag te liggen. In dit besluit zijn dezelfde drie uitzonderingen over twee bepalingen verdeeld. Artikel 2 sub a van het AWGB-besluit heeft betrekking op acteurs enzovoort, artikel 2 sub b heeft betrekking op zowel mannequins als modellen. Niet alleen blijkt er dus sprake van inconsequentie tussen het WGB-besluit en het AWGB-besluit, maar ook kan worden gesteld dat geen bezwaren bestaan tegen het samennemen van de uitzonderingen. Ook in de onderzochte EG-landen is een verfijnde splitsing in de categorie ‘authenticiteit’ in de regel geen sprake. Voor de doorzichtigheid en kenbaarheid is het derhalve aan te bevelen deze drie uitzonderingen met betrekking tot authenticiteit in één bepaling op te nemen, onder vermelding van – net als thans – de specifieke beroepsactiviteiten die in het geding zijn.

In de tweede plaats kan helderheid worden aangebracht door de uitzonderingen te ordenen aan de hand van ‘kopjes’, zoals thans op EG-niveau gebruikelijk is: authenticiteit, privacy, biologie, persoonlijke veiligheid, openbare veiligheid, werk buiten eigen jurisdictie. Een dergelijke ordening geeft ook directer aan welke argumentatie aan de onderscheiden uitzonderingen ten grondslag ligt.

Aanbeveling:

- verwerk de drie aparte bepalingen die betrekking hebben op authenticiteit onder in één bepaling
- voorzie elke uitzondering van een ‘kopje’.

8.7.5 Alternatieven

In het voorgaande is het uitgangspunt dat er, gezien de aanbevolen inhoudelijke aanpassingen en ter wille van de inzichtelijkheid, een nieuw besluit dient te worden opgesteld, inclusief een nieuwe nota van toelichting.

Voor zover dat te vergaand wordt geacht is een mogelijk alternatief het enkel schrijven van een nieuwe toelichting. Een derde manier is de gegeven aanbevelingen te verwerken in voorlichtingsmateriaal voor werkgevers en arbeidsbemiddelaars. Thans is men slechts op de hoogte van het feit dat een advertentie seksneutraal dient te worden opgesteld. Kennis ten aanzien van de vraag hoe te werk moet worden gegaan als men aan die seksneutraliteit wil ontkomen, ontbreekt op alle fronten. Gezien het feit dat niet alle uitzonderingen voor alle branches even relevant zijn kan ook nog overwogen worden het voorlichtingsmateriaal ‘branche-gevijs’ op te stellen.

Het meest ideaal lijkt evenwel een combinatie van de alternatieven: een nieuw besluit, een nieuwe nota van toelichting en branchegericht voorlichtingsmateriaal voor werkgevers.

In een nieuwe nota van toelichting en in het voorlichtingsmateriaal dient in ieder geval aandacht te worden besteed aan de volgende twee punten. In de eerste plaats moet het duidelijk zijn dat het bij alle uitzonderingen om relatieve geslachtsbepaaldheid gaat, behalve de uitzondering die betrekking op de beroepsactiviteiten

die om lichamelijke redenen uitsluitend door personen van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld (art. 1 sub a WGB-besluit).

In de tweede plaats dient uitvoerig aandacht te worden besteed aan artikel 1 sub e van het WGB-besluit. Het is gebleken dat de meeste oordelen van de CGB op deze bepaling zijn gebaseerd. In deze oordelen komen juist functies of beroepsactiviteiten aan de orde waarover veel onduidelijkheid bestaat. Samen vormen zij case-law die deel uitmaakt van de uitzonderingen. Afgezien van juristen hebben de justitiabelen geen inzicht in de subtiliteiten van deze case-law, van de toetsingscriteria die moeten worden toegepast of van de ruimte die deze bepaling laat om een functie al of niet als geslachtsbepaald te kenmerken. Het lijkt daarom aan te bevelen deze toetsingscriteria helder uiteen te zetten. Daarbij zou ook aangegeven kunnen worden hoe de bewijslastverdeling is geregeld is en welk soort argumenten daarbij al of niet kunnen worden gehanteerd.

Aanbevelingen:

- wijzig zowel het besluit als de nota van toelichting
- maak voorlichtingsmateriaal voor werkgevers en arbeidsbemiddelaars. Verwerk daarin de 'jurisprudentie' van de CGB met betrekking tot de uitzondering onder artikel 1 sub e van het WGB-besluit

8.8 Samenvatting van de aanbevelingen

8.8.1 Aanbevelingen met betrekking tot de voorvraag

- spreek bij de heroverweging van de uitzonderingen consequent over beroepsactiviteiten;
- overweeg in welke gevallen een geslachtsbepaalde activiteit een bepaalde functie in zijn geheel geslachtsbepaald kan maken.

8.8.2 Aanbevelingen met betrekking tot de inhoud van de uitzonderingen

WGB art. 5 lid 3 sub b:

- breng tot uitdrukking dat het argument voor deze uitzondering is gelegen in artistieke vrijheid en in het verlengde daarvan in 'authenticiteit'.

WGB-besluit art. 1 sub a:

- initieer, ondersteun en subsidieer onderzoek en ontwikkeling van hulpmiddelen die zwaar werk verlichten. Subsidieer werkgevers die deze hulpmiddelen daadwerkelijk ter beschikking stellen.

WGB-Besluit art. 1 sub b en c:

- breng tot uitdrukking dat het argument voor deze uitzonderingen is gelegen in 'authenticiteit'.

WGB-besluit art. 1 sub d:

- geef aan onder welke omstandigheden bij deze uitzondering de wens van de particulier al of niet de doorslag mag geven;
- ga daarbij na of het van belang is of de hulpverlening vanuit een organisatie wordt verleend.

WGB-besluit art. 1 sub e:

- gezien de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden op het terrein dat door artikel 1 lid e van het besluit wordt bestreken is het aan te bevelen deze bepaling aan te passen.

Alvorens daartoe over te gaan dient er eerst een bezinning plaats te vinden over de volgende vragen:

- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of een bepaalde m/v-teamverhouding in de medische en psychosociale hulpverlening is geoorloofd.
- betrek daarbij vraag de volgende subvragen:
 - in welke omstandigheden mag de wens of de voorkeur van de patiënten/ cliënten bepalend zijn?
 - zijn er specifieke beroepsactiviteiten of functies te noemen waarbij dit wel/ niet is toegestaan?
 - moet een onderverdeling gemaakt worden in medische en psychosociale hulp?
 - moeten/mogen er voor werk met/voor allochtonen afwijkende maatstaven gelden?
 - is hantering van het afspiegelingsbeginsel toegestaan om doelgroep te bereiken?
 - is het nodig of raadzaam daarvoor een functioneel criterium uit te werken of een afwegingskader te geven?
- Neem een standpunt in ten aanzien van de vraag hoe de toets van de handhavingsinstantie (CGB of rechter) moet verlopen.
- Betrek daarbij de volgende subvragen:
 - moet de toets meer gestandaardiseerd zodat het hele toetsingskader aan bod komt?
 - hoe moet de toets voor een andere inrichting van de werkzaamheden binnen de arbeidsorganisatie verlopen?
 - kan haalbaarheid in de praktijk, of efficiency (bijv. in verband met de kosten die werkgevers moeten maken om een functie te analyseren) daarbij een argument zijn?
 - is het noodzakelijk vast te houden aan het uitgangspunt dat de geslachtsbepaaldheid van een hulpverleningsfunctie van geval tot geval moet worden beoordeeld? Is het niet praktischer voor sommige veel voorkomende situaties branche-richtlijnen te maken, opgesteld bijvoorbeeld door de CGB in samenspraak met de wetgever?
 - is het nuttig en noodzakelijk om in overeenkomende zaken, zoals in de jeugdhulpverlening ten aanzien van de pedagogische overwegingen, van

iedere werkgever opnieuw te vragen zijn argumenten uitputtend te onderbouwen? Oftewel: kan de toets voor het pedagogisch argument niet gestandaardiseerd?

WGB-besluit art. 1 sub f:

- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of bij een visitatie het grondrecht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit verdergaand gerespecteerd moet worden;
- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of de wensen van klanten gerespecteerd mogen worden;
- neem een standpunt in ten aanzien van de vraag of een beroep op mogelijke verliezen van de onderneming gehonoreerd kan worden.

WGB-besluit art. 1 sub g:

- stel vast dat beschermende voorschriften in een wet in formele zin dienen te worden opgenomen;
- geef in de toelichting aan dat met een wettelijke voorschrift ter bescherming van personen, een voorschrift in een wet in formele zin wordt bedoeld.

WGB-besluit art. 1 sub h:

- overweeg het eerste onderdeel van deze bepaling te schrappen op grond van het gegeven dat de uitzonderingen voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten in de meeste EG-landen overeenkomen;
- handhaaf het tweede onderdeel van de bepaling, ondanks de bedenkingen die daartegenin kunnen worden gebracht.

WGB-besluit art. 1 sub i:

- overweeg een zodanige nieuwe redactie van deze bepaling dat duidelijk wordt dat vrouwen alleen zijn uitgezonderd voor functies bij het Korps Mariniers en de onderzeebootdienst.
- motiveer en beargumenteer de uitzondering in de toelichting;
- streef er naar alle functies in de krijgsmacht voor vrouwen open te stellen.

8.8.3 Aanbevelingen met betrekking tot niet bestaande, mogelijk wel gewenste uitzonderingen

- ga na of het gewenst is het toepassingsbereik van artikel 1 sub e van het besluit uit te breiden met een evenwichtige m/v samenstelling van het team in het basisonderwijs op grond van pedagogische argumenten;
- ga na of het gewenst is ruimte te scheppen voor geslachtsbepaaldheid vanwege een evenwichtige m/v samenstelling van het team van een arbeidsorganisatie in het algemeen;
- ga na of het gewenst is het toepassingsbereik van de artikelen 1 sub d, e of f van het besluit uit te breiden met gevallen waarin bescherming tegen seksuele

avances in instellingen noodzakelijk wordt geacht, onder het aangeven van welomschreven grenzen;

- ga na of het gewenst is een aparte bepaling te creëren voor geslachtsbepaaldheid met het oog op de bescherming van werknemers of klanten/cliënten tegen risico's van ongewenste seksuele avances in thuissituaties, onder het aangeven van welomschreven grenzen.

8.8.4 Aanbevelingen met betrekking tot de vorm van de regelgeving inzake de uitzonderingen

- ter wille van de doorzichtigheid van de regelgeving is het aan te bevelen alle uitzonderingen voor geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten bijeen te zetten in één besluit;
- sluit in een algemene bepaling in de WGB m/v het geestelijk ambt uit van toepassing van de wet;
- schrap, zodra de gelegenheid zich voordoet, in de nota van toelichting bij het AWGB-besluit de passage waarin wordt gesteld dat bescherming van het moederschap een species is van geslachtsbepaaldheid;
- verwerk de drie aparte bepalingen die betrekking hebben op authenticiteit onder in één bepaling;
- voorzie elke uitzondering van een 'kopje';
- wijzig zowel het besluit als de nota van toelichting;
- maak voorlichtingsmateriaal voor werkgevers en arbeidsbemiddelaars. Verwerk daarin de 'jurisprudentie' van de CGB met betrekking tot de uitzondering onder artikel 1 sub e van het WGB-besluit.

Bijlage 1

Voor hoofdstuk 5 geraadpleegde literatuur/bronnen in chronologische volgorde

- Europese Commissie 1981
- Halpern 1982
- Remuet-Alexandrou 1983
- Remuet Alexandrou 1985
- Remuet Alexandrou & Gonzalez 1986
- Serie boekjes, van elk land een deel, in opzet bedoeld als encyclopedie. De meeste boekjes bevatten slechts toepasselijke teksten en rechterlijke uitspraken, een enkel boekje geeft (summier) commentaar bij de wetteksten:
 - Ballestrero 1989
 - Callender en Francis Meenan 1989
 - Jacqmain 1989
 - Lanquetin, Pettiti & Sutter 1989
 - Nielsen 1990
 - Thomas 1989De delen van Duitsland en het Verenigd Koninkrijk konden niet worden achterhaald
- Serie boeken, van elk land een deel, eveneens bedoeld als encyclopedie. Behalve wetteksten geven deze boeken ook inhoudelijk commentaar:
 - Ballestrero 1998
 - Bertelsmann & Rust 1995
 - Callender en Meenan 1994
 - Lanquetin, Pettitti & Sutter 1996
 - McCrudden 1994
 - Nielsen 1995
 - Thomas en Ecker 1995
 - De Vos, Herbert & Jacqmain 1998
- Vijf rapporten *Monitoring Implementation and Application of Community Equality Law, of the Network of Experts on the Implementation of the Equality Directives*:
 - Senden 1995
 - Prechal & Senden 1996 en 1997
 - Prechal, Senden & Koopman 1998 en 1999
- Vijf jaargangen (1996-2000) *Equality Quarterly News, Newsletters of the Expert Legal Group on the Application of European Law on Equal Treatment between Women and Men*; uitgave van de Europese Commissie.
- Antwoorden op vragenlijst.
De vragenlijsten zijn toegestuurd aan de volgende leden van de Legal Experts' Group on Equality Law van de EG:
België: prof. Jean Jacqmain, Université libre de Bruxelles
Denemarken: Ruth Nielsen.
Duitsland: Prof. Dagmar Schieck, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg (beantwoord door research assistant Tatjana Mühlbach)
Frankrijk: ms. Marie-Thérèse Lanquetin, Université de Paris X – Nanterre

Ierland: Frances Meenan

Italië: Gisella De Simone

Luxemburg: ms. Viviane Ecker, avocate á la Cour Supérieur de Justice de Luxembourg

Verenigd Koninkrijk: Prof. Christopher McCrudden, Lincoln College Oxford University

Van Denemarken, Ierland en Italië is geen antwoord ontvangen. Vervolgens is de vragenlijst aan de Commissies Gelijke Behandeling van deze landen gestuurd. De aan Denemarken gerichte vragen werden uiteindelijk beantwoord door Agnete Andersen namens het Ministerie van Arbeid.

Vragenlijst

1.
 - a. Is in your country the exception contained in Article 2(2) of EC Directive 76/207 regulated by statutory law or in some other way such as by a decree or a directive promulgated by, for example, a minister, a ministry, a local governmental authority or an Equal Opportunities Commission?
 - b. Will you indicate the official document registering the law or the decree?
 - c. Will you send a copy to us (preferred language English, French or German)? or indicate a place on internet where it can be found?
 - d. If not: will you describe the content of the law or decree?.
2. Does your country have a list of occupational activities for which the sex of the worker constitutes a determining factor?
If so:
 - a. Is this list part of the statutory law, or a decree or a directive promulgated by, for example, a minister, a ministry, a local governmental authority or an Equal Opportunities Commission?
 - b. Will you indicate the official document registering the law or the decree?
 - c. Will you send us a copy preferred language English, French or German)? or indicate a place on internet where this can be found?
 - d. If not: will you describe the content of the law or the decree?If not:
 - e. Is there some body or institution that decides in a concrete case whether sex is a determining factor for an activity?
 - f. If so: will you give the name and the address of this body or institution?
3. Have any changes occurred in your list between 1980 and the present day?
If so:
 - a. Which changes have occurred?
 - b. In which year did these changes take place?
 - c. What was the cause of the changes?
 - d. Were changes discussed but not implemented?If not:
 - e. Have any practical problems appeared?
 - f. What kind of problems are these?
 - g. Were changes discussed but not implemented?
4.
 - a. Does case law give insight into practical problems?
 - b. If so; what kind of problems?
5.
 - a. Which ministry or authority in your country is responsible for the compliance with the articles 2(2) and 9(2) of Directive 76/207?
 - b. Will you send the name and the address of this ministry or authority?
6. Will you report any relevant fact you think of importance for our research?

Bijlage 2

Regelingen geslachtsbepaalde beroepsactiviteiten en functies in Duitsland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk (hoofdstuk 5)

‘Lijst’ van Duitsland (Ausnahmenkatalog)

Art. 1

Berufliche Tätigkeiten, bei denen die authentische Erfüllung einer Rolle oder einer Aufgabe von einem bestimmten Geschlecht abhängig ist, z.B.

- Schauspieler/Schauspielerinnen, Sänger/Sängerinnen, Tänzer/Tänzerinnen und sonstige darstellende Künstler, die eine männliche oder weibliche Rolle zu spielen haben;
- Modelle für Maler, Bildhauer, Fotografen;
- Mannequin und Dressman

Art. 2

Berufliche Tätigkeiten im Kirchlichen Bereich, soweit der Verkündigungsauftrag der Kirche berührt ist, z.B.

- Pfarrer in der katholischen Kirche;
- Lehrpersonal an Theologischen Fakultäten (soweit in Kirchenverträgen vereinbart).

Art. 3

Berufliche Tätigkeiten in Ländern ausserhalb der EG, bei denen aufgrund gesetzlicher Vorschriften, religiöser Überzeugungen oder kultureller Besonderheiten nur ein Geschlecht akzeptiert wird.

Art. 4.

Berufliche Tätigkeiten in einem Frauenhaus, sofern das Betreuungskonzept des Frauenhausträgers ihre Ausübung ausschliesslich durch Frauen erfordert.

Art. 5:

Berufliche Tätigkeiten im Bereich der inneren oder äusseren Sicherheit:

- In den Streitkräften der Bundesrepublik Deutschland steht für Frauen nur die Laufbahn der Offiziere des Sanitätsdienstes im Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder eines Soldaten auf Zeit auf Grund freiwilliger Verpflichtung offen; sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten;
- Polizeivollzugsdienst des Bundesgrenzschutzes.

Art. 6

Berufliche Tätigkeiten im Justizvollzugsdienst:

- Für den Strafvollzug sind die Aufgaben des allgemeinen Vollzugsdienstes (vor allem Beaufsichtigung, Betreuung und Versorgung der Gefangenen) und des Pflegedienstes in Anstalten und Abteilungen für Männer männlichen Bediensteten, in Anstalten und Abteilungen für Frauen weiblichen Bediensteten zugewiesen. Ausnahmen sind zulässig. Die Aufgaben anderer Dienste können in Anstalten und Abteilungen für Männer auch von weiblichen Bediensteten, in Anstalten und Abteilungen für Frauen auch von männlichen Bediensteten wahrgenommen werden.

- Untersuchungshaft an Frauen darf grundsätzlich nur unter weiblicher Aufsicht durchgeführt werden.
- Im Vollzug des Jugendarrestes werden männliche Jugendliche von Männern, weibliche Jugendliche von Frauen beaufsichtigt. Hiervon darf abgewichen werden, wenn Unzuverlässigkeiten nicht zu befürchten sind.

'Lijst' van Ierland: artikel 25 leden 2, 3 en 4 EEA

Lid 2

For the purpose of this section, the sex of B shall be taken to be an occupational qualification for a post where, on grounds of physiology (excluding physical strength or stamina) or on grounds of authenticity for the purpose of entertainment, the nature of the post:

- a. requires a person of the same sex as B, and
- b. would be materially different if filled by a person of the same sex as A.

Lid 3

For the purposes of this section, the sex of B shall be taken to be an occupational qualification for a post where it is necessary that the post should be held by B because it is likely to involve the performance of duties outside the State in a place where the laws or customs are such that those duties could not reasonably be performed by a person who is of the same sex as A.

Lid 4

For the purpose of this section the sex of B shall be taken to be an occupational qualification for a post:

- a. where the duties of a post involve personal services and it is necessary to have persons of both sexes engaged in such duties.
- b. where because of the nature of the employment it is necessary to provide sleeping and sanitary accommodation for employees on a communal basis and it would be unreasonable to expect the provision of separate such accommodation or impracticable for an employer to provide.

'Lijst' van het Verenigd Koninkrijk: art. 7 lid 2 SDA

a. The essential nature of the job calls for a man for reasons of physiology (excluding physical strength or stamina) or, in a dramatic performance or other entertainment, for reasons of authenticity, so that the essential nature of the job would be materially different if carried out by a woman.

b. The job needs to be held by a man to preserve decency or privacy because it is likely to involve physical contact with men in circumstances where they might reasonably object to its being carried out by a woman, or the holder of the job is likely to do his work in circumstances where men might reasonably object to the presence of a woman because they are in a state of undress or are using sanitary facilities.

b(a). The job is likely to involve the holder of the job doing his work, or living in a private home and needs to be held by a man because objection might reasonably be taken to allowing to a woman the degree of physical or social contact with a person living in the home, or the knowledge of intimate details of such a person's life, which is likely, because

of the nature or circumstances of the job or of the home, to be allowed to, or available to the holder of the job.

c. The nature or location of the establishment makes it impracticable for the holder of the job to live elsewhere than in premises provided by the employer, and the only such premises which are available for persons holding the kind of job are lived in, or normally lived in, by men and are not equipped with separate sleeping accommodation for women and sanitary facilities which could be used by women in privacy from men, and it is not reasonable to expect the employer either to equip those premises with such accommodation and facilities or to provide other premises for women.

d. The nature of the establishment, or of part of it within which the work is done, requires the job to be held by a man because it is, or is part of, a hospital, prison or other establishment for persons requiring special care, supervision or attention, and those persons are all men (disregarding any woman whose presence is exceptional) and it is reasonable, having regard to the essential character of the establishment or that part, that the job should not be held by a woman.

e. The holder of the job provides individuals with personal services promoting their welfare or education, or similar personal services, and those services can most effectively be provided by a man.

g. The job needs to be held by a man because it is likely to involve the performances of duties outside the United Kingdom in a country whose laws or customs are such that the duties could not, or could not effectively, be performed by a woman.

h. The job is one of two to be held by a married couple.

Bijlage 3

Informatie over het veldwerk (bij hoofdstuk 6)

Het veldwerk bestond uit interviews met personeelsfunctionarissen respectievelijk arbeidsbemiddelaars. In de interviews zijn de volgende onderwerpen aan de orde gesteld:

- a. Opvattingen over functies die bij uitstek door een vrouw respectievelijk man moeten worden vervuld binnen arbeidsorganisaties en bij klanten of doelgroep.
- b. De wijze waarop met deze opvattingen in de praktijk wordt omgegaan: in hoeverre worden wensen op dit punt gehonoreerd? Zijn er in de praktijk geslachtsbepaalde functies binnen de organisatie? Zijn hierover wel eens meningsverschillen of conflicten geweest?
- c. Wat is de eigen opvatting van de respondent? Zijn er functies die beter door een man respectievelijk een vrouw kunnen worden vervuld? In hoeverre zijn wensen op dit punt binnen de arbeidsorganisatie of bij klanten doorslaggevend?
- d. Welke rol speelt gelijke-behandelingswetgeving in de selectiepraktijk? In hoeverre is men bekend met het verbod bepaalde functies uitsluitend te laten vervullen door mannen respectievelijk vrouwen? Kent men de uitzonderingsbepalingen? Kent men oordelen van de CGB hierover? Leidt de gelijke-behandelingswetgeving tot een discrepantie tussen 'in principe zijn functies voor beide geslachten toegankelijk' maar 'in de praktijk worden uitsluitend personen van één geslacht aangesteld'?

De interviews zijn uitgevoerd door een van de onderzoekers. De meeste interviews zijn op band opgenomen. Van alle interviews is een volledig verslag gemaakt. Op basis van deze verslagen is per onderwerp een analyse gemaakt. Fragmenten uit de interviews zijn gebruikt ter illustratie van de bevindingen.

Interviews Personeelsfunctionarissen van zorg- en welzijnsinstellingen

Er zijn interviews gehouden met functionarissen betrokken bij de werving en selectie van personeel van 17 organisaties op het terrein van zorg en welzijn. Doorgaans betrof dit het hoofd Personeel & Organisatie (P & O), enkele malen een personeelsfunctionaris of directeur. De respondenten zijn 9 mannen en 8 vrouwen. Het gaat om drie thuiszorginstellingen, twee verpleeghuizen, een algemeen ziekenhuis, vier instellingen voor jeugdhulpverlening (1 uitsluitend ambulant, 1 uitsluitend residentieel en 2 zowel ambulant als residentieel), twee andere internaten voor jongeren, vier welzijnsorganisaties (waarvan 3 kinderopvang en speelzaalwerk, 3 migrantenwerk, 3 opbouw- en buurthuiswerk) en een organisatie voor preventief bevolkingsonderzoek. Eén organisatie heeft schriftelijk de vragen beantwoord. De interviews vonden persoonlijk plaats en duurden gemiddeld 70 minuten (varieert van 35 tot 110 minuten).

Overzicht interviews Organisaties zorg en welzijn

Organisaties op terrein van de (gezondheids)zorg (6)

3 thuiszorginstellingen

- Landelijke particuliere organisatie voor thuiszorg²⁷⁶
- Protestants Christelijk Gezinsverzorging, Ede
- Thuiszorgorganisatie N-Brabant

3 verpleeghuizen en ziekenhuizen

- Algemeen ziekenhuis N-Brabant
- Sint Jozef Verpleeghuis, Deventer
- Verpleeghuis De Braamberg, Arnhem

Instellingen voor jeugdhulpverlening (6)

- De Hoenderloo Groep, jeugdzorg en onderwijs, Hoenderloo
- Internaat Sint Nicolaas voor Schippersjeugd en Kermiskinderen, Nijmegen
- Rijksinrichting Overberg
- Stichting Amstelland jeugdhulpverlening, Amsterdam
- Stichting Jeugdzorg Nijmegen
- Stichting streetcornerwerk Amsterdam

Welzijnsorganisaties (5)

3 instellingen met onder andere migrantenwerk

- Stichting Rijnstad, Arnhem
- Welstede Welzijnsgroep, Ede
- Welzijnsorganisatie Rotterdam

2 instellingen gericht op specifieke doelgroep of werkterrein

- Stichting Kinderopvang Humanitas, Heerlen
- Svokon (Bevolkingsonderzoek borstkanker), Nijmegen

Interviews Arbeidsbemiddelaars

Er zijn interviews gehouden met 18 medewerkers van 17 uitzendbureaus of andere organisaties op het terrein van de arbeidsbemiddeling. Doorgaans is gesproken met intercedenten (11), enkele keren met vestigingsmanagers (3) directeurs en een districtsmanager (3). De respondenten zijn hoofdzakelijk vrouwen (4 man en 14 vrouw). Het gaat om twee arbeidsbureaus, vier algemene uitzendbureaus, negen gespecialiseerde uitzendbureaus (met voornamelijk functies voor hoger opgeleiden (4) – IT-ers, technici, marketing & sales, commerciële functies – chauffeurs, secretaresses, horeca, agrarische sector, zorgsector) en twee bureaus met name gericht op bemiddeling van allochtonen. De interviews vonden persoonlijk plaats en duurden gemiddeld anderhalf uur (varieert van 50 tot 110 minuten).

²⁷⁶ Wanneer de respondent liever niet de naam van de organisatie in de bijlage vermeld wilde zien, wordt een omschrijving van de organisatie gegeven.

Overzicht interviews Arbeidsbemiddelaars

Algemene arbeidsbemiddelaars (6)

- Arbeidsbureau, Oss
- Centrum voor Werk en Inkomen, Nijmegen
- Dactylo Uitzendbureau, Beneden-Leeuwen
- Kelly Services, Nijmegen
- Manpower, Utrecht
- Vedio Personeelsdiensten, Apeldoorn

Gespecialiseerde arbeidsbemiddelaars (11)

- ColourPlus Werving, Selectie & Executive Search, Hoofddorp
- Detacheringsbureau voor hoger opgeleiden, commerciële diensten, Arnhem
- Exact Personeelsintermediair, Den Haag
- Haselhoff, Maarssen
- Kleur in 't werk, Amsterdam
- Multec, Eindhoven
- Randstad Transportdiensten, Eindhoven
- Starjob Secretaresse Uitzendbureau, Dordrecht
- Start Uitzendbureau, afdeling Horeca, Roermond
- Uitzendorganisatie AB Services BV, Huissen
- Zorg Select, Hengelo

Non-respons

We hebben in totaal 15 personen of organisaties benaderd voor een interview die uiteindelijk niet zijn geïnterviewd: acht instellingen op het terrein van zorg en welzijn en zeven op het terrein van de arbeidsbemiddeling. Twee instellingen bleken niet te zijn wat wij hadden gedacht (geen bemiddeling van vacatures, een vrijwilligersorganisatie). Drie organisaties bleken opgeheven of verhuisd. Acht organisaties konden of wilden voor het onderzoek geen tijd vrijmaken vanwege grote drukte, onderbezetting, ziekte of reorganisatie. Soms werd daaraan toegevoegd dat ze over het onderwerp niets te vertellen hadden, 'wij hebben geen voorkeur voor een man of een vrouw.' Twee organisaties beschikten (tijdelijk) niet over een personeelsfunctionaris.

In plaats van deze organisaties zijn andere organisaties op hetzelfde werkterrein benaderd. Soms was dit een andere vestiging van hetzelfde uitzendbureau, in andere gevallen een vergelijkbare organisatie in een andere stad.

Summary

Article 2(2) of EC Directive 76/207 contains an exception to the right to equal treatment of men and women workers where the sex of the worker constitutes a determining factor for an occupational activity. In principle, the only completely unobjectionable situation as such is where the biology of a man or a woman genuinely renders him or her unable to perform the job in question. However, as is generally known the ideas on the capabilities of men or women are affected by social or cultural values. Accordingly, the exceptions that are allowed under Article 2(2) represent more instances than the biological differences between men and women alone. To eliminate these oldfashioned views Article 9(2) of the Directive states that the exceptions based on Article 2(2) should be reviewed regularly in the light of social developments.

This research is a preparation for the Governments' obligation to comply with Article 9(2) of EC Directive 76/207. It was commissioned by the authority of the Dutch Ministry of Social Affairs.

The approach in this study is partly juridical and partly sociological. The juridical part examines first of all the case-law of the European Court of Justice on the subject in question. It turned out that in the six relevant cases in the period 1983-2000 the Court adhered to a very narrow interpretation of Article 2(2) and several guidelines were given on how to satisfy this strict interpretation. Next, the focus is directed at the genesis of the Dutch equal treatment legislation. This genesis covers in total a period of more than ten years during which amendments of the first Equal Treatment Act (1980) were discussed at different occasions. Specific attention is given to the deliberations in parliament on the exceptions allowed under Article 2(2). There was general consensus that the exceptions should not show traditional beliefs on men's or women's work. However, despite the agreement, the eleven listed exceptions still contain such notions. They cover religion (priests, ministers), artistic occupational activities (artists, dancers, singers, actors), authenticity (mannequins, models), privacy (service, care, nursing and education in private households as well as outside private households), decency (services that give rise to feelings of shame, e.g. in certain clothing shops, search officers), protective legislation in relation to health and safety, work done outside the jurisdiction, national security (the army), and, of course, biological differences between men and women.

The research continues with an inventory of the allowed exceptions in eight countries that were also EC Member States at the time Directive 76/207 should have been implemented. Originally these countries had a wide variety of exceptions, but at present they are fairly comparable with those in the Netherlands. Finally, the study describes the case-law of the Equal Treatment Commission (Commissie Gelijke Behandeling) in order to establish whether social developments or a change in social opinions can be deduced from the practices of employers, employees or the Commission. It shows that the Commission has always supported a very

strict interpretation, especially when employers' preferences for a man or a woman were based on traditional views of the kind of work they should do. Nowadays the most controversial cases are related to the exception of privacy outside the private household, not because these occupational activities cannot be performed by a man or a woman, but because of the idea that the target group is better served when men as well as women can render the described kinds of assistance.

The sociological part of the study represents the result of interviews with employment officers and personnel managers on their understanding of occupational activities where the sex of the worker is a determining factor. In general they recognise no such activity, except on biological grounds. Only in some very special circumstances they think it advisable to give preference over a man or a woman.

The different points of view give an insight in social developments and in changed opinions on men's and women's work as part of them. Thus it is possible to make an inventory of the arguments and of the juridical framework along which lines can be reasoned whether or not (one of) the exceptions should be amended. Though the situation in the Netherlands doesn't seem very unfavourable, adaptations in the legislation are advisable. The concluding chapter shows the result in a number of recommendations.

Literatuurlijst

Asscher-Vonk & Groenendijk 1999

I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu uitgevers 1999.

Asscher-Vonk & Van den Heuvel 1986

I.P. Asscher-Vonk en L.H. van den Heuvel, 'Toegelaten onderscheid', in: W.J.P.M. Fase (red.), *Gelijke behandeling van man en vrouw in de sociale zekerheid*, Publicaties SCOSZ, Deventer: 1986, p. 66 e.v.

Asscher-Vonk & Wentholt 1994

I.P. Asscher-Vonk & K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994.

Ballestrero 1989

M. Ballestrero, 'Italian Law', in: M. Verwilghen (ed.), *Equality in law between men and women in the European Community. Collection of texts on national law*, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1989.

Ballestrero 1998

M. Ballestrero, 'Italy', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1998.

Van Beek & Van Praag 1992

K.W.H. Van Beek & B.M.S. Van Praag, *Kiezen uit sollicitanten. Concurrentie tussen werkzoekenden zonder baan*, 's-Gravenhage: Sdu 1992.

Bertelsmann & Rust 1995

K. Bertelsmann en U. Rust, 'Germany', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1995.

Biesheuvel 1982

M.B.W. Biesheuvel e.a., 'Commentaar bij het voorontwerp van een Wet Gelijke Behandeling', *NJCM-Bulletin* 1982, p. 73-116.

Blom 1994

J.A.H. Blom, *De effectiviteit van de Wet gelijke behandeling m/v: Eerste deelonderzoek*, Den Haag: SZW/Vuga 1994.

Brouns & Schokker 1990

M. Brouns & A. Schokker, *Arbeidsvraagstukken en sekse*, 's-Gravenhage: Stimuleringsgroep Emanicipatie-Onderzoek 1990.

De Bruijn 1989

J. de Bruijn 1989, *Haar werk. Vrouwenarbeid en arbeidssociologie in historisch en emancipatorisch perspectief*, Amsterdam: Sua (diss. UvA)1989.

Brünott & Geers 1985

L.A.M. Brünott & A.J.C.M. Geers, 'De gelijke behandeling herzien', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1985, p. 456-468.

Burri 2000

S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

Burri 2001

S. Burri, 'Bouwstenen voor gelijke behandeling', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2001, p. 434-443.

Callander & Meenan 1989

R. Callander en F. Meenan, 'Irish Law', in: M. Verwilghen (ed.), *Equality in law between men and women in the European Community. Collection of texts on national law*, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1989.

Callander & Meenan 1994

R. Callander en F. Meenan, 'Ireland', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1994.

CGB 1982

Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, *Commentaar op het Voorontwerp-Wet gelijke behandeling*, Den Haag: januari 1982.

CGB 1985

Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, *Advies inzake het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, 30 mei 1985, Jaarverslag 1985.

CGB 1993

Commentaar van de CGB m/v op het concept-Besluit Gelijke Behandeling, Den Haag, 5 oktober 1993.

CGB 2000

Commissie Gelijke Behandeling, *Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht 4 mei 2000.

Crisham, Gast & Van der Heijden 1979

C.A. Crisham, F. Gast, P.F. van der Heijden & T. van Meerbeke-Hendriks (NJCM-subgroep Arbeidsrecht), 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces', *NJCM-Bulletin* 1979, p. 39 e.v.

Drijber & Prechal 1997

B.J. Drijber & S. Prechal, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief', *Sociaal Economische Wetgeving* 1997, p. 122-167.

Ellis 1998

E. Ellis, *European Community Sex Equality Law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Emancipatienota 1979

Emancipatienota “Proces van verandering en groei”, *Kamerstukken II*, 1978/79, 14 496, verslag OCV.

Emancipatieraad 1982

Advies over het voorontwerp wet gelijke behandeling, Den Haag: Emancipatieraad 1982.

Emancipatieraad 1985a

Advies herziening wetgeving gelijke behandeling, Den Haag: Emancipatieraad 1985.

Emancipatieraad 1985b

Vrouw in de krijgsmacht, Den Haag: Emancipatieraad 11 oktober 1985.

Emancipatieraad 1993

Advies-brief Concept-besluit gelijke behandeling, Den Haag: Emancipatieraad 14 oktober 1993.

Europese Commissie 1981

Verslag van de Commissie aan de Raad betreffende de stand van toepassing op 12 augustus 1980 van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van – de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen – de toegang tot de beroepskeuze-voorlichting en – opleiding – de arbeidsvoorwaarden, Brussel, 16 februari 1981, COM (80) 832.

Fase & Van der Heijden 1982

W.J.P.M. Fase, P.F. van der Heijden, 'Gelijke behandeling in behandeling', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1982, p. 84-100.

Fenwick 1996

H. Fenwick, 'Special protections for women in European Union Law', in: T.K. Hervey, D. O'Keeffe (red.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester: Wiley & Sons 1996, p. 71 e.v.

FNV 2001

FNV-commentaar bij het wijzigingsvoorstel van Richtlijn 76/207/EG d.d. 15 januari 2001.

Gerritsen 1987

A.M. Gerritsen, *Rechtspraak gelijke behandeling 1975-1986. Uitspraken van de commissies gelijke behandeling gerubriceerd en geanalyseerd*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 11, 1987.

Gerritsen 1989

A.M. Gerritsen, *Rechtspraak gelijke behandeling m/v 1987-1989 II*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 13, 1989.

Gerritsen 1993

A.M. Gerritsen 'Rechtspraakoverzicht gelijke behandeling m/v, januari t/m juni 1992', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1993, p. 54-58.

Gerritsen 1994

A.M. Gerritsen, 'Rechtspraakoverzicht gelijke behandeling m/v, januari t/m juni 1994', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1994, p. 625-629.

Gerritsen (*Arbeidsovereenkomst*)

A.M. Gerritsen, 'Algemene wet gelijke behandeling', in: P. F. van der Heijden (hoofred.), *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer: Kluwer.

Goldschmidt 1986

J.E. Goldschmidt, 'De vrouw in de krijgsmacht', *Nemesis* 1986, p. 169-171.

Goldschmidt 2001

J. E. Goldschmidt, 'De hete adem van Europa', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 983-990.

Goré 1999

F. Goré, Gescheiden arbeidsmarkten. Grote verschillen in arbeidsdeelname van mannen en vrouwen, Centraal Bureau voor de Statistiek, *Index: Feiten en cijfers over onze samenleving* 1999/6, p. 12.

Govers 1981

A.W. Govers, *Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1981.

Groenman 1997

L.S. Groenman e.a., *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997. Verslag van de commissie voor de eerste nationale rapportage over de implementatie in Nederland van het Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen*, 's-Gravenhage: SZW/VUGA 1997.

Halpern 1982

M. Halpern, *Protective Measures and the Activities not Falling within the Field of Application of the Directive on Equal Treatment – Analysis and Proposals*, uitgave Commission of the European Communities, 1982, V/707/3/82- EN fin.

Heringa 1994

A.W. Heringa, *Algemene wet gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 1994.

Hervey 1993

T. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, London: Butterworths 1993.

Holtmaat 2001

R. Holtmaat, 'Uit de keuken van de Europese Unie: de gelijke behandelingsrichtlijnen op grond van artikel 13 EG-Verdrag', in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 105-124.

Hooghiemstra & Niphuis-Nell 1993

B.T.J. Hooghiemstra & M.Niphuis-Nell, *Sociale atlas van de vrouw deel 2. Arbeid, inkomen en faciliteiten om werken en zorg voor kinderen te combineren*, Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau 1993.

Jacqmain 1985

J. Jacqmain, 'Droit Belge', in: M. Verwilghen (ed.), *Equality in law between men and women in the European Community. Collection of texts on national law*, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1989.

Keuzenkamp 1999

S. Keuzenkamp, 'Het ongeziene onderscheid naar sekse. Perspectief op een geëmancipeerde samenleving', Centraal Bureau voor de Statistiek, *Index: Feiten en cijfers over onze samenleving* 1999/6, p. 2-4.

Keuzenkamp & Oudhof 2000

S. Keuzenkamp & K.Oudhof, *Emancipatiemonitor 2000*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau/Centraal Bureau voor de Statistiek 2000.

Lanquetin, Pettiti & Sutter 1989

M. Lanquetin, C. Pettiti en C. Sutter, 'Droit Francais', in: M. Verwilghen (ed.), *Equality in law between men and women in the European Community. Collection of texts on national law*, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1989.

Lanquetin, Pettiti & Sutter 1996

M. Lanquetin, C. Pettiti en C. Sutter, 'France', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1996.

McCrudden 1994

C. McCrudden, 'United Kingdom', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1994.

Monster 1995

W.C. Monster, *Bescherming van het moederschap, Onderzoek naar de regelgeving inzake zwangerschap, bevalling en arbeid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Monster, Vermeulen & Waaldijk, 1999

W.C. Monster, B.P. Vermeulen & C. Waaldijk, 'Uitzonderingen' in: Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 131-201.

Morée & Schwegman 1981

M. Morée & M. Schwegman, *Vrouwenarbeid in Nederland 1870-1940*, Rijswijk: Elmar 1981.

Murgatroyd 1982

L. Murgatroyd, 'Gender and occupational stratification', *Sociological review* 30(1982), p. 574-602.

NJCM 1994

'NJCM-commentaar op het concept-Besluit gelijke behandeling', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 70-77.

NJCM 2000

NJCM-standpunt over het voorstel tot wijziging Richtlijn 76/207/EEG, NJCM 2000.

Nielsen 1990

R. Nielsen, 'Danish Law', in: M. Verwilghen (ed.), *Equality in law between men and women in the European Community. Collection of texts on national law*, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1990.

Nielsen 1995

R. Nielsen, 'Danmark', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1995.

Van Oost 1994

E.C.J. van Oost, *Nieuwe functies, nieuwe verschillen. Genderprocessen in de constructie van de nieuwe automatiseringsfuncties 1955-1970* (diss UT), Delft: Eburon, 1994.

Oudhof 1999

K. Oudhof, 'Het uur van de vrouw. Vrouwen verdienen nog steeds minder', Centraal Bureau voor de Statistiek, *Index: Feiten en cijfers over onze samenleving* 1999/6, p. 6.

Piso 1998

I.Y. Piso, *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging. Jurisprudentie over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 1998.

Van Praag & Niphuis-Nell 1997

C.S. van Praag en M. Niphuis-Nell (red.), *Het gezinsrapport. Een verkennende studie naar het gezin in een veranderende samenleving*, Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau 1997.

Prechal 1984

S. Prechal, 'De uitzonderingsbepalingen als bronnen van verwarring', *Nemesis* 1984/5, p. 395-398.

Prechal 1986

S. Prechal, 'De turbulente situatie in Noord-Ierland en gelijke behandeling van mannen en vrouwen', *Nemesis* 1986, p. 268-271.

Prechal 1988

S. Prechal, 'Gelijke behandeling retrospectief', *Sociaal-Economische Wetgeving* 1988, p. 78-105.

Prechal & Burrows 1990

S. Prechal en N. Burrows, *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot/Vermont: Dartmouth Publishing Company Ltd. 1990.

Prechal & Senden 1996

S. Prechal en L. Senden, *Monitoring Implementation and Application of Community Equality Law 1994-1995; General Report 1995 of the Network of Experts on the Implementation of the Equality Directives*, Brussel: European Commission 1996.

Prechal & Senden 1997

S. Prechal en L. Senden, *Monitoring Implementation and Application of Community Equality Law 1996; General Report 1996 of the Network of Experts on the Implementation of the Equality Directives*, Brussel: European Commission 1997.

Prechal, Senden & Koopman 1998

S. Prechal, L. Senden en B. Koopman, *Monitoring Implementation and Application of Community Equality Law; General Report 1997 of the Legal Experts' Group on Equal Treatment of Men and Women*, Brussel: European Commission 1998.

Prechal, Senden & Koopman 1999

S. Prechal, L. Senden en B. Koopman, *Monitoring Implementation and Application of Community Equality Law; General Report 1998 of the Legal Experts' Group on Equal Treatment of Men and Women*, Brussel: European Commission 1999.

Remuet-Alexandrou 1983

F. Remuet Alexandrou, 'Het Gemeenschapsrecht en de Vrouw', supplement nr. 12 bij *Vrouwen van Europa*, X/318/83-NL, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen, tweede kwartaal 1983.

Remuet-Alexandrou 1985

F. Remuet Alexandrou, 'Het Gemeenschapsrecht en de Vrouw', supplement nr. 19 bij *Vrouwen van Europa*, bijwerking tot 31 januari 1985 van supplement nr. 12, X/146/85-NL, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen, eerste kwartaal 1985.

Remuet-Alexandrou & Gonzalez 1987

F. Remuet-Alexandrou en M.J. Gonzalez, 'Het Gemeenschapsrecht en de Vrouw', supplement nr. 25 bij *Vrouwen van Europa*, X/152/87-NL, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1987.

Rodrigues 2000

P.R. Rodrigues, 'De richtlijn tegen rassendiscriminatie gezien vanuit het polderperspectief', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2000, p. 279-284.

Rood 1979

M.G. Rood, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen?', *Nederlands Juristenblad* 1979, p. 357-360.

Senden 1995

L. Senden, *Monitoring Implementation and Application of Community Equality Law 1993-1994; General Report 1994 of the Network of Experts on the Implementation of the Equality Directives*, Brussel: European Commission 1995.

SER 1981

Sociaal-Economische Raad, *Nota gelijke behandeling mannen en vrouwen*, nr. 81/9, Den Haag 1981.

SER 1982

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake het Voorontwerp van een Wet gelijke behandeling*, nr. 82/4, Den Haag 1982.

SER 1985

Sociaal-Economische Raad, *Advies reparatiewetgeving gelijke behandeling*, nr. 85/20, Den Haag 1985.

Sociaal en Cultureel Rapport 2000

Sociaal en Cultureel Rapport 2000. Nederland in Europa, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2000.

Thomas 1989

G. Thomas, 'Droit Luxembourgeois', in: in: M. Verwilghen (ed.), *Equality in law between men and women in the European Community. Collection of texts on national law*, Brussel: Commissie der Europese Gemeenschappen 1989.

Thomas & Ecker 1997

G. Thomas en V. Ecker, 'Luxembourg', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1997.

Tobler 2000

Ch. Tobler, 'Gelijke behandeling en militaire arbeidsverhoudingen', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2000, p. 59-64.

Veldman 2000

A. Veldman, 'Nieuwe richtlijnen gelijke behandeling in arbeid en beroep', *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2000, p. 375-377.

Van Vianen 1987

A.E.M. van Vianen, *Het selectieinterview. Over de rol van sekse-stereotypen* (diss RUL), 1987.

Van Vianen, Van Schie & Willemsen 1986

A.E.M. van Vianen, E.C.M. van Schie, T.M. Willemsen, *Het wervings- en selectieproces: De behandeling van vrouwen en mannen. Samenvattende publicatie*, Leiden: Rijksuniversiteit 1986.

De Vos, Herbert & Jacqmain 1998

D. de Vos, F. Herbert, J. Jacqmain en C. Pichault, 'Belgium', in: M. Verwilghen en F. von Prodzynski (eds.), *Equality in law between men and women in the European Community*, Brussel: European Commission 1998.

De Vroom 1987

L. de Vroom, 'In vogelvlucht. Overzicht van de wetgeving gelijke behandeling', *Nemesis* 1987, p. 233-237.

Waddington 2000

L. Waddington, 'Tweede-generatie richtlijnen Gelijke Behandeling', *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2000, p. 357-362.

Walby 1997

S. Walby, *Gender Transformations*, London/New York: Routledge 1997.

Van der Weele 1983

J.J. van der Weele, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1983.

Wentholt 1999

K. Wentholt, 'Het verbod om onderscheid te maken' in: Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 89-130.

Woldringh 1999

C. Woldringh, 'Arbeidsorganisaties en gelijke-behandelingswetgeving', in: Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 341-369.